Der Gedanke der Zumutbarkeit im Zivilprozeßrecht

unter besonderer Berücksichtigung der
Untersuchungsduldungspflicht (§ 372a)

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
PAUL SELBHERR
aus Saulgau

1962

7177

Der Gedanke der Zumutbarkeit im Zivilprozeßrecht

unter besonderer Berücksichtigung der
Untersuchungsduldungspflicht (§ 372a)

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
PAUL SELBHERR
aus Saulgau

1962

Obmann: Prof.Dr. Günther Dörig

1.Berichterstatter: Prof.Dr. Fritz Baur

2.Berichterstatter: Prof.Dr. Jürgen Baumann

Tag der mündlichen Prüfung: 28.Februar 1962

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen Eltern

Meiner Frau

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung 1

1.Kapitel: DIE ZUMUTBARKEIT 3

§ 1 Der Zumutbarkeitsgedanke in Lehre und Rechtsprechung 3

I. Die Zumutbarkeit als Begriffselement der strafrechtlichen Schuldlehre 3

1. Die Zumutbarkeit und die normative Schuldlehre 3

2. Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund 4

3. Der Maßstab der Zumutbarkeit 6

II. Die Zumutbarkeit und das zivilrechtliche clausula-Problem 6

1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts 6

2. Die Rechtsprechung nach 1945 9

3. Die Auffassung Nipperdeys 10

4. Larenz: Kritik an der Rechtsprechung 11

5. Siebert: Versuch einer Systematisierung der Zumutbarkeit im Rahmen von § 242 BGB 13

III. Die Zumutbarkeit und der Begriff des Ermessens 14

a) Handlungsermessen 15

b) Beurteilungsermessen 16

IV. Henkel: Die Zumutbarkeit - ein regulatives Rechtsprinzip 17
1. Normatives und regulatives Prinzip 17
2. Funktion der Zumutbarkeit als regulatives Prinzip 18
3. Der Maßstab des Zumutbaren 19

§ 2 Eigene Meinung 20

I. Das Wesen der Zumutbarkeit 20
1. Die Zumutbarkeit als allgemeines Prinzip der Rechtsordnung 20
a) Zumutbarkeit und Strafrechtsschuld 21
b) Zumutbarkeit und Notwehrrecht 23
c) Zumutbarkeit und das zivilrechtliche Problem veränderter Umstände 24
d) Zumutbarkeit und der Ersatzanspruch der Witwe nach § 844 II BGB 26
2. Die Zumutbarkeit als Ausdruck der individuellen Gerechtigkeit 27

II. Die Rechtsnatur der Zumutbarkeit 29
1. Die Entwicklung der Zumutbarkeit zu einem allgemeinen Lösungsprinzip 29
2. Zumutbarkeit als institutionelles Prinzip 31

§ 3 Zumutbarkeit und Revisibilität 33
1. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts 33
2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen 34
3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen 35
4. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 36
5. Eigene Meinung 36

2.Kapitel: DER GEDANKE DER ZUMUTBARKEIT IM ZIVILPROZESSRECHT 40

§ 1 Die Stellung der Zumutbarkeit im Verfahrensrecht 40

I. Verhältnis des Zumutbarkeitsprinzips zum formellen Recht 40

II. Die Zumutbarkeit und der Begriff der "Last" 41

§ 2 Die Zeugnispflicht 43

Vorbemerkung 43

I. Rechtsnatur, Wesen und Zweck der Zeugnispflicht 43

II. Rechtsnatur, Wesen und Zweck der Zeugnisverweigerungsrechte 44

III. Die einzelnen Tatbestände berechtigter Zeugnisverweigerung 46

1. Die Zeugnisverweigerungspflicht des § 376 Abs.1 und 2 ZPO 46

2. Zeugnisverweigerungsrechte, die nicht auf dem Gedanken der Zumutbarkeit beruhen 47

a) Das Zeugnisverweigerungsrecht des Bundespräsidenten 47

b) Das Zeugnisverweigerungsrecht auf Grund beruflicher Verschwiegenheitspflicht 48

3. Zeugnisverweigerung wegen Unzumutbarkeit der Aussage 49

a) Die zumutbarkeits-rechtliche Komponente dieser Zeugnisverweigerungsrechte 49

b) Die rechtspolitische Komponente dieser Zeugnisverweigerungsrechte 50

c) Die zwei Gruppen der Zeugnisverweigerungsrechte wegen Unzumutbarkeit 51
aa) Die absoluten Zeugnisverweigerungsrechte 51
bb) Die relativen Zeugnisverweigerungsrechte 53
d) Die Fälle gesteigerter Zeugnispflicht 57

§ 3 Die Duldungspflicht des § 372a ZPO 59
Vorbemerkung 59

I. Kurzer geschichtlicher Überblick und Vergleich mit der Strafprozeßordnung 60
1. Geschichte 60
a) Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung vor der gesetzlichen Regelung 60
b) Art.III § 9 Gesetz vom 12.4.1938 61
c) Art.4 § 7 VO vom 6.2.1943 61
d) Weitergeltung dieser Bestimmung nach 1945 62
2. Vergleich mit der Strafprozeßordnung 62
a) Duldungspflicht des Beschuldigten: § 81a StPO 63
b) Duldungspflicht dritter Personen: § 81c StPO 63

II. Das Wesen des Beweises nach § 372a ZPO 64
1. Augenscheinseinnahme 64
2. Sachverständigenbeweis 65

III. § 372a ZPO und sein Verhältnis zu den geltenden Prozeßrechtsgrundsätzen 65
1. Der Verhandlungsgrundsatz 65
2. Der Konzentrationsgrundsatz 66
a) Durchbrechung wegen der Subsidiarität des Beweises nach § 372a ZPO 66

b) Unterbrechung des Verfahrens zwecks Einholung eines erbbiologischen Gutachtens 67

IV. Rechtsnatur und Zweck der Untersuchungsduldungspflicht 72

V. Einschränkung der Duldungspflicht 72

1. Aus "sachlichen" Gründen 72

2. Aus persönlichen Gründen 74

3. Unterschiedliche prozessuale Behandlung dieser Einschränkungen 75

VI. Die Rechtsnatur der Untersuchungsverweigerungsrechte 76

VII. Die sachlichen Gründe im einzelnen 77

1. Die Untersuchung ist nur in familienrechtlichen Verfahren zulässig 77

a) An der Feststellung des Familienstandes einer Person besteht ein besonderes Interesse 77

b) Keine Duldungspflicht in anderen Prozessen 79

2. Eignung der Untersuchung zur Aufklärung des Sachverhalts 79

a) Generelle Eignung 79

aa) Anerkannte Methoden 80

(1) Das gynäkologische Gutachten 80

(2) Feststellung der Zeugungsfähigkeit des Mannes 80

(3) Die Blutgruppenuntersuchung 81

(4) Das erbbiologische Gutachten 82

bb) Nichtanerkannte Methoden 82

(1) Der Löns-Test 82

(2) Der genetische Wirbelsäulenvergleich nach Kühne 83

b) Spezielle Eignung im konkreten Fall 83

3. Erforderlichkeit der Untersuchung 84
a) Der Beweis nach § 372a ZPO als "ultima ratio" 84
b) Die erbkundliche Untersuchung als "Ausforschungsbeweis" 85

VIII. Die persönlichen Gründe im einzelnen 90
1. Die Zumutbarkeit der Untersuchung im Hinblick auf ihre Art 90
2. Die Unzumutbarkeit der Untersuchung wegen der Gefahr gesundheitlicher Schäden 91
3. Die Unzumutbarkeit im Hinblick auf die Folgen des Ergebnisses 92
a) Das Problem der Zumutbarkeit 92
b) Entsprechende Anwendung der Regeln über die Zeugnisverweigerungsrechte 93
c) Konkretisierung der Zumutbarkeit 96
aa) Die allgemeinen Grundsätze 96
(1) Die zumutbarkeits-rechtliche Grundsituation in § 372a ZPO 96
(2) Abstufung der Zumutbarkeit entsprechend der Nähe des Betroffenen zum Prozeß 98
bb) Die typischen Konfliktslagen im Einzelfall 100
(1) Die Gefahr des Prozeßverlustes 100
(2) Die Gefahr wirtschaftlicher Nachteile und des Existenzverlustes 101
(3) Die Gefahr für Ehe und Familie 104
(4) Die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung 104
(5) Gefahr der Unehre 112
(6) Untersuchungsverweigerungsrecht wegen Unzulässigkeit des Beweisbeschlusses 114

§ 4 Die Pflicht der Parteien zum persönlichen Erscheinen 118

I. Der allgemeine Umfang der Pflicht 119
1. Wesen und Rechtsnatur 119
2. Zweck und Umfang der Erscheinungspflicht 120
3. Der Unterschied zwischen der Anhörung nach § 141 ZPO und der Parteivernehmung 121
4. § 141 ZPO begründet keinen Einlassungszwang und keine Erklärungspflicht 122
a) Die Erscheinenspflicht besteht nur für die einlassungswillige Partei 122
b) Keine Erklärungspflicht der erschienenen Partei 123
5. Die Entsendung eines Vertreters durch die Partei 123

II. Die Zumutbarkeit des Erscheinens 126
1. Einschränkung der Erscheinenspflicht aus persönlichen Gründen 126
2. Die gesetzliche Regelung 127
3. Notwendige Korrektur des Gesetzes 128
4. Die Grenze des Zumutbaren 129
a) Die für die Abwägung maßgeblichen Interessen 129
b) Die typischen Fallgestaltungen 130
5. Das richterliche Ermessen 132

Lehrbücher und Monographien 133
Kommentare 136
Aufsätze 137

E i n l e i t u n g

In seiner Monographie "Die Flucht in die Generalklausel" (1933), in der er das Vordringen der Generalklauseln in Gesetzgebung und Rechtsprechung kritisch auf seine Ursachen und Folgen hin untersucht, weist HEDEMANN am Ende seiner Ausführungen ganz besonders auf den Begriff der Zumutbarkeit hin: "Vor allem fällt mit aller Schwere jetzt, da wir auf unseren Weg zurückblicken, das Phänomen des Zumutbaren auf uns. Überall sind wir ihm begegnet ... " [1]. Er weist damit auf eine Entwicklung hin, die sich in den folgenden Jahren bis heute verstärkt fortgesetzt hat. Auf allen Rechtsgebieten hat sich die Zumutbarkeit immer mehr in den Vordergrund geschoben, was ihr z.B. für das Gebiet des Arbeitsrechts den Beinamen der "alles beherrschenden Zauberformel" eingebracht hat [2].

Wenn auch das Schwergewicht dieser allgemeinen Ausbreitung im materiellen Recht liegt, so hat das Phänomen der Zumutbarkeit doch auch in das Prozeßrecht Eingang gefunden. Dabei interessiert vorstehend das Zivilprozeßrecht. Der Gesetzgeber hat dort in § 141 [3] mit diesem Begriff die Pflicht der Parteien zum persönlichen Erscheinen auf das "Zumutbare" beschränkt. Während jedoch in diesem Falle das Zumutbarkeitsproblem weder in der Theorie noch in der Praxis große Bedeutung erlangte, war dies anders bei § 372a, den der Gesetzgeber 1950 in die ZPO einfügte [4], und in dem er die Pflicht zur Duldung erbkundlicher Untersuchungen zur Feststellung der Abstammung regelte.

---

1) aaO, S.75
2) Frey, JZ 1955,106
3) Paragraphen ohne weitere Angabe sind solche der ZPO
4) Gesetz vom 12.9.1950, BGBl I,455

Dieses staatliche Eingriffsrecht war nach 1945 wegen der Verabsolutierung des Rassegedankens durch den Nationalsozialismus und der damit verbundenen Auswüchse sehr umstritten. In Parallele zu § 141 benutzte der Gesetzgeber den Zumutbarkeitsbegriff auch hier dazu, die allgemeinde Duldungspflicht einzuschränken.

Wenn sich die Gerichte bei der Festlegung der Grenzen dieses staatlichen Eingriffsrechts - bzw. als Korrelat dazu: der Duldungspflicht des im Einzelfall Betroffenen - großen Schwierigkeiten gegenübersahen, so liegt dies nicht zuletzt an diesem Begriff der Zumutbarkeit. Denn trotz der allgemeinen Beliebtheit, der sich dieser Begriff in Gesetzgebung und Rechtsprechung erfreut, ist sein Wesen noch ungeklärt, "ist die Frage, in welcher Eigenschaft und welcher Funktion die Unzumutbarkeit auftritt, noch unbeantwortet" [1].

In der vorliegenden Arbeit soll nun versucht werden, dem Phänomen der Zumutbarkeit speziell in seiner Bedeutung für das Zivilprozeßrecht näherzukommen. Dafür wird es notwendig sein, sich zunächst allgemeine Klarheit über den Begriff der Zumutbarkeit, über sein Wesen und seine Rechtsnatur zu verschaffen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt, ob es sich dabei um eine Erscheinung handelt, der für alle Rechtsgebiete, in denen sie auftritt, dieselbe Qualität zukommt, oder ob sie verschieden zu beurteilen ist. Danach sollen dann die konkreten Folgerungen aus dieser Untersuchung für das Zivilprozeßrecht gezogen werden.

---

1) Henkel, Festschrift für Mezger, S.259

1. Kapitel

DIE ZUMUTBARKEIT

§ 1

Der Zumutbarkeitsgedanke in Lehre und Rechtsprechung

I. Die Zumutbarkeit als Begriffselement der strafrechtlichen Schuldlehre

Wenn man sich mit der Zumutbarkeit als einem juristischen Phänomen näher befaßt, führen einen die ersten Nachforschungen zum Strafrecht. Dort hat die Zumutbarkeit scheinbar seit langem ihren gesicherten Ort in der Schuldlehre. Seit die normative Schuldauffassung sich durchgesetzt hat, gilt die Zumutbarkeit als das tragende Prinzip der Schuld.

1. Die Zumutbarkeit und die normative Schuldlehre

Im Gegensatz zur psychologischen Schuldlehre, für die sich die Schuldbetrachtung auf die Feststellung der psychologischen Beziehung zwischen Täter und Tat beschränkte - sie bestand entweder im Vorsatz, dem Wissen und Wollen der Tat, oder in Fahrlässigkeit, dem willentlichen Herbeiführen des vorhergesehenen oder vorhersehbaren, mißbilligten Erfolges -, ist nach der normativen Auffassung Schuld = "Vorwerfbarkeit": der Täter, dessen Tun

einen gesetzlichen Tatbestand erfüllt, handelt dann schuldhaft, wenn ihm aus diesem seinem Verhalten ein Vorwurf gemacht werden kann.

Seit FREUDENTHAL [1] wird als das maßgebliche Prinzip der Vorwerfbarkeit und damit der Schuld die "Zumutbarkeit des Rechtsgehorsams" angesehen. Dem Täter kann ein Schuldvorwurf nur dann gemacht werden, wenn ihm in der konkreten Situation ein anderes Verhalten zugemutet werden konnte.

Trotz anfänglicher Differenzen unter den Begründern und Anhängern der normativen Schuldlehre über den "Maßstab des Zumutbaren" [2], und trotz zahlreicher - z.T. heftiger - Angriffe gegen diese "tautologische Formel", der es an jeder inhaltlichen Bestimmung fehle [3], gegen diesen "nebelhaften Begriff" [4], hat die Zumutbarkeit heute als wesentliches Begriffselement der Strafrechtsschuld in der Dogmatik ihren festen Platz [5].

2. Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund

Die normative Schuldlehre war der Ausgangspunkt für die Lehre, die in der Nicht-Zumutbarkeit anderen Handelns einen allgemeinen "übergesetzlichen" Entschuldigungsgrund sieht. Über die Fälle des Notstandes (§ 52 StGB), des Nötigungsnotstandes (§ 54 StGB) und des Notwehrexzesses (§ 53 Abs.3 StGB) hinaus, in denen das Gesetz allein

---

1) Freudenthal, Schuld und Vorwurf, 1922
2) Während Freudenthal, S.7, als Grenze des Zumutbaren das individuelle Können des Täters forderte, stellte Goldschmidt, Frank-Festgabe I, S.447, S.453 auf den "Durchschnittsbürger" ab, wogegen nach Eb.Schmidt, Mitt.d.IKV 1931, S.164, der "loyale Staatsbürger" als Maßstab gelten sollte.
3) Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, S.75
4) Oetker, Frank-Festgabe I, S.385
5) Goldschmidt, Frank-Festgabe I, S.428 ff; v.Liszt-Schmidt, S.263 ff, insbes.S.283; Maurach, Deutsches Strafrecht I S.313 ff; Mezger, Strafrecht, 3.Aufl.,S.370 und Leipziger Komm. 7.Aufl.,S.321; Nowakowski, ZStW 65,380; Welzel, S.111,145; BGHSt 2,200

trotz eines tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Handelns die Schuld entfallen läßt, sollte selbst dem Täter eines vorsätzlichen Begehungsdeliktes Straffreiheit zugebilligt werden, wenn ihm ein anderes Verhalten wegen "anomaler Motivation" nicht zumutbar war.

Diese Auffassung fand in der Wissenschaft zunächst eine starke Anhängerschaft [1], aber auch starken Widerstand [2], gegen den sie sich letztlich nicht durchsetzen konnte. Das RG, das bei Fahrlässigkeits- [3] und unechten Unterlassungsdelikten [4] die Nicht-Zumutbarkeit als allgemeinen Entschuldigungsgrund anerkannte, lehnte in einer grundlegenden Entscheidung die Anerkennung eines über die gesetzlich umschriebenen Fälle hinausgehenden Schuldausschließungsgrundes ab [5].

Dies ist auch heute die fast einhellige Meinung in Literatur und Rechtsprechung. Die Nicht-Zumutbarkeit anderen Verhaltens wird zwar als die ratio legis der gesetzlichen Entschuldigungsgründe anerkannt, ohne daß es jedoch dem Richter de lege lata erlaubt wäre, bei den vorsätzlichen Begehungsdelikten die Schuldausschließungsgründe über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus auszudehnen [6].

---

1) Freudenthal, Eb.Schmidt, v.Liszt-Schmidt, S.283; Engisch, Untersuchungen, S.441; Frank-Festgabe, S.428 ff; Henkel, Der Notstand, S.26 ff; Goldschmidt; Mezger, Strafrecht, 3.Aufl. S.370, der jedoch später von dieser Auffassung abrückte; KLB S.199 und Leipziger Komm. aaO

2) Vgl. insbesondere Schaffstein, S.43 und 61 ff mit ausführlichen Literaturnachweisen

3) RGSt 30,25; 58,30; 74,195

4) RGSt 58,97 u.226; 77,125

5) RGSt 66,397

6) BGH NJW 1953,513; BGHSt 6,47 = NJW 1954, 764; doch findet sich in dieser Entscheidung des GSSt die Bemerkung, daß der übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Nicht-Zumutbarkeit evtl. für den speziellen Fall des § 181 Abs.1 Nr.2 StGB gelten könne; OLG Hamm JR 1951,349; KG JR 1950, 407

3. Der Maßstab der Zumutbarkeit

Soweit die Nicht-Zumutbarkeit als übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund anerkannt ist - bei den Fahrlässigkeits- und unechten Unterlassungsdelikten -, gibt es keine festen Regeln über das Maß des Zumutbaren. Die Entscheidung ist vom Richter jeweils unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalles zu treffen [1]. Gewisse Anhaltspunkte sollen dabei die gesetzlich normierten Entschuldigungsgründe geben, die nach allgemeiner Ansicht auf dem Zumutbarkeits-Gedanken beruhen, sowie die vorgängigen Entscheidungen, aus denen gewisse Richtlinien für spätere Entscheidungen zu entnehmen seien.

Klar zum Ausdruck kommt dies in der bereits angeführten Entscheidung des Großen Strafsenats [2], wo es heißt, daß das gesuchte Ergebnis vor allem durch die Prüfung der Zumutbarkeit gewährleistet werde; doch ließen sich dafür, wann dieser "Schuldausschließungsgrund" durchgreife, keine festumrissenen Leitsätze sondern nur allgemeine Richtlinien aufstellen. Im übrigen handle es sich um eine "vornehmlich dem Tatrichter vorbehaltene Wertung des Einzelfalles".

II. Die Zumutbarkeit und das zivilrechtliche clausula-Problem

1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Eine besondere Rolle spielt das Zumutbarkeitsprinzip in der zivilrechtlichen Judikatur zur Frage der Einwirkung veränderter Umstände auf

---

1) RGSt 30,25; 57,148; 61,259; 70,74; BGHSt 2,226; 3,62; 4,20; 7,268
2) BGHSt 6,47 - NJW 53,766

bestehende Vertragsverhältnisse.

Das RG versuchte zunächst, das Problem durch analoge Anwendung der Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung zu lösen. Es stellte den beiden eigentlichen Fällen der gesetzlich geregelten Unmöglichkeit, der logisch-naturwissenschaftlichen und der juristischen Unmöglichkeit, den Fall gleich, in dem die Leistung zwar noch möglich war, infolge der veränderten Umstände ihren wirtschaftlichen Charakter jedoch so geändert hatte, daß sie nach der Verkehrsauffassung nicht mehr als dieselbe erschien [1].

Teilweise parallel zu dieser Entscheidungsreihe läuft eine andere, in der der tragende Gesichtspunkt für die Berücksichtigung veränderter Umstände nicht mehr die wirtschaftliche Unmöglichkeit wegen veränderten Leistungsinhalts ist sondern die Zumutbarkeit [2].

Der entscheidende Gesichtspunkt war nicht mehr die durch die Störung verursachte Änderung des Leistungsinhalts sondern die dadurch herbeigeführte, übermäßige Belastung des Betroffenen [3]. Der Schuldner wird dann von seiner Leistungspflicht frei, wenn infolge der veränderten Umstände "eine Aufrechterhaltung des Erfüllungszwanges mit der durch §§ 157, 242 BGB gebotenen Rücksichtnahme auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte nicht mehr vereinbar wäre, und darum dem Beklagten die Leistung nicht zumutbar ist" [4].

Naturgemäß bereitet es den Gerichten erhebliche Schwierigkeiten, die Grenze des Zumutbaren im

---

1) RGZ 42,114; Ansatzpunkt für die Analogie war hier eine vorübergehende natürliche Unmöglichkeit der Leistung; vergl. ferner Warn 1916, 60[40]; RGZ 88,71; 90,102; 92,87; 93.341
2) RGZ 57,116; wie Kegel - in Kegel-Rupp-Zweigert, S.83 Anm.1 - zutreffend feststellt, hätte sich dieser Fall auch aus dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Unmöglichkeit wegen verändertem Leistungsinhalt lösen lassen; RGZ 65,29; 84,125; Warn 1919,239; RGZ 100,258
3) RGZ 94,46; 98,18; 99,115; 100,258
4) RGZ 101,79

Einzelfall zu bestimmen. Irgendwelche Maßstäbe fehlten völlig. Bei dem Versuch, solche Richtpunkte für die Rechtsprechung zu schaffen, entwickelte das RG die "Einrede der Existenzvernichtung": die Grenze des Zumutbaren sollte dann erreicht sein, wenn der Zwang, diesen Vertrag - oder auch andere, gleichartige Verträge - erfüllen zu müssen, "den Schuldner geschäftlich vernichten oder doch an den Rand des geschäftlichen Ruins bringen würde" [1].

Diese Rechtsprechung gab das RG jedoch schon bald wieder auf. In der Folgezeit übernahm es die OERTMANNsche Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage [2], ohne daß sich jedoch im Grunde etwas änderte. Das RG benutzte zwar immer wieder und bis zuletzt wörtlich die subjektive Formel OERTMANNs, "aber es hat niemals mit ihr Ernst gemacht" [3]. Einen Eingriff in die Rechtsbeziehungen der Parteien hielt es auch weiterhin nur dann für gerechtfertigt, wenn dem Schuldner die Leistung infolge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage n i c h t m e h r z u m u t b a r w a r [4]. Und für die Beurteilung dieser Frage zog es auch hier sämtliche Gesichtspunkte heran, die für einen billigen Ausgleich zwischen den Parteien von Bedeutung waren. "Ob dem Schuldner die Leistung noch zumutbar ist, bedarf in jedem einzelnen Fall einer besonders eingehenden Prüfung. Bei dieser sind die gesamten Verhältnisse des Einzelfalls, die dazu dienen können, einen billigen und gerechten Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung herbeizuführen, in Betracht zu ziehen", heißt in RGZ 112,329 eine Formulierung, die in den folgenden Entscheidungen fast wörtlich wiederkehrt. [5]

1) RGZ 100,134; 101,79; 102,98
2) RGZ 103,328
3) Kegel, 3.Beiheft zur DRZ 1948, S.5
4) RGZ 106,7; 112,329; JW 1934,2685; HHR 19,34 Nr.1345; RGZ 141,212; 158,166
5) RGZ 147,289; 155,133; 103,324

2. Die Rechtsprechung nach 1945

Als sich nach 1945 die deutschen Gerichte wieder mit diesen "Massenkalamitäten"[1] beschäftigen mußten, übernahmen sie diese, vom RG in seiner Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze. Der OGH der britischen Zone löste sich dabei von jeder Bindung an eine allgemeine Formel. Letzlich entscheidend seien nicht die verschiedenen, von der Rechtslehre und Rechtsprechung zum Einwand des Wegfalls der Geschäftsgrundlage geprägten Formeln sondern "die Abwägung der Umstände des Einzelfalls nach Treu und Glauben". Der Einwand der veränderten Lage sollte nur, aber auch stets dann und insoweit berücksichtigt werden, "als das aus starrem Festhalten am Vertrag zu folgernde Ergebnis dem Schuldner infolge der veränderten Lage schlechthin unzumutbar ist"[2]. Das Gericht betonte dabei ausdrücklich, daß die Entscheidung sich nicht allein nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten richten dürfe: der Grundsatz von Treu und Glauben habe, insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen, eine starke persönliche Seite[3].

Der BGH setzte diese Rechtsprechung fort. Zwar zitiert er in vielen seiner Entscheidungen die OERTMANNsche Formel[4] - auch der Begriff der wirtschaftlichen Unmöglichkeit findet sich in einer Entscheidung[5] - aber letztlich erachtet auch er als entscheidend die "Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung", ein Problem, bei dessen Prüfung "die individuelle Gestaltung des einzelnen Vertragsverhältnisses einschließlich aller Begleitumstände zu berücksichtigen ist"[6].

---

1) Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S.6
2) OGHZ 1,62 = NJW 1947/48 S.521 = SJZ 1949,35; ferner OGHZ 1,362; 3,843; 4,91
3) MDR 1950,282
4) NJW 1951,836; BGHZ 7,846; LM § 242 Bb Nr.18
5) LM § 242 Bb Nr.3
6) LM § 242 Bb Nr.12, wo es heißt: "Auch bei der Frage, die der Begriff der wirtschaftlichen Unmöglichkeit aufwirft, handelt es sich in Wahrheit stets um das Problem der Unzumutbarkeit der Leistung"; BGHZ 2,176; 5,302; GRUR 1954,131; MDR 1958,766

3. Die Auffassung NIPPERDEYs

NIPPERDEY [1] trat dieser, allein auf die Zumutbarkeit gestützten Rechtsprechung bei. Er sah in der Nicht-Zumutbarkeit ein Prinzip, das das ganze Schuldrecht beherrsche, "das allen Schuldverhältnissen als Grenze der Verpflichtung immanent ist" [2]. Die Zumutbarkeit bestimme objektiv Inhalt und Grenze der schuldnerischen Leistungsverpflichtung. Lasse sich ein Leistungserfolg nur durch ein Tun oder Unterlassen bewirken, das über das zumutbare Maß hinausgehe, trete eine objektive Beschränkung des Leistungsbefehls ein; das Tun oder Unterlassen und der darauf beruhende Leistungserfolg werde insoweit nicht geschuldet [3].

Die theoretische Begründung findet NIPPERDEY in der "inneren Vertragstreue", die darin bestehe, daß man dem Gegner über den äußeren, unwahr gewordenen Schein hinaus die Treue halte, ihm ein annäherndes Äquivalent für seine Leistung gewähre, wie es Sinn und Zweck des gegenseitigen Vertrages erheische [4]. Während die "äußere Vertragstreue", das Festhalten am Wortlaut der Vereinbarung, der Rechts- und Verkehrssicherheit diene, verwirkliche die "innere Vertragstreue" die Gerechtigkeitsidee, die sich in der Billigkeit offenbare.

Für die praktische Auswertung des Zumutbarkeitsprinzips soll "in erster Linie das der Volksüberzeugung entsprechende, auf § 242 BGB beruhende Billigkeitsempfinden in der Brust des deutschen Richters" zuständig sein [5]. Daneben müßten "gewisse grundsätzliche Voraussetzungen der Nicht-Zumutbarkeit" herausgearbeitet werden. Die Voraussetzungen für das Eingreifen der Nicht-Zumutbarkeit sind nach seiner Auffassung gegeben, wenn

---

1) Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung
2) aaO S.8 Anm.3
3) aaO S.15
4) aaO S.22
5) aaO S.24

a) ohne Verschulden des Schuldners
b) ein in diesem Ausmaß nicht voraussehbares
c) erhebliches Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung

bei der Vertragserfüllung besteht.

Neuerdings ist NIPPERDEY von dieser Auffassung etwas abgerückt [1]. Er hat die Tatbestände stärker präzisiert. Wie LARENZ [2] unterscheidet er zwischen der subjektiven Geschäftsgrundlage (= beiderseitiger Motivirrtum) und der objektiven Geschäftsgrundlage. Bei Fehlen der subjektiven Geschäftsgrundlage soll sich die betroffene Partei vom Vertrag grundsätzlich lossagen können, wenn anzunehmen sei, daß die Parteien den Vertrag bei Kenntnis der Unrichtigkeit und bei verständiger Würdigung des Falles nicht geschlossen haben würden!

Bei Fortfall der objektiven Geschäftsgrundlage stehe heute im Vordergrund der "Gedanke der Anpassung und Schadensteilung: Vertragsfortsetzung mit Ausgleichsanspruch oder Vertragsauflösung mit Ersatzanspruch", wobei jedoch der Gedanke der Vertragsautonomie entsprechend berücksichtigt werden müsse.

4. LARENZ: Kritik an der Rechtsprechung

Gegen die Entwicklung in der Rechtsprechung, als alleinige Entscheidungsgrundlage dieser Fälle das aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitete Zumutbarkeitsprinzip zu verwerten, wendet sich LARENZ [3]. Er sieht darin die Gefahr einer bloßen Billigkeitsrechtsprechung mit der Folge, daß die Entscheidung allein dem Rechtsgefühl, dem pflichtgemäßen Ermessen oder dem Takt des jeweils im ein-

---

1) Enn.-Nipperdey I, S.753 ff
2) vgl. die folgenden Ausführungen Ziffer 4
3) Geschäftsgrundlage, 2.Aufl.

zelnen Fall zur Entscheidung berufenen Richters überlassen bleibe; dies bedeute "den grundsätzlichen Verzicht auf jede rational begründbare Rechtsfindung und erkennbare Wertordnung" [1]. Zudem werde das Vertrauen in die Rechtsbeständigkeit aller Verträge unerträglich untergraben.

Veränderungen der bei Vertragsabschluß bestehenden oder von den Parteien vorausgesetzten Verhältnissen sollen nur dann zu Eingriffen in die Rechtsbeziehungen führen, wenn die Voraussetzungen bestimmter, von ihm - unter völligem Verzicht auf den Begriff der Zumutbarkeit - scharf herausgearbeiteter Tatbestände vorlägen [2].

Für den Gedanken der "persönlichen" Zumutbarkeit ist nach seiner Ansicht nur in solchen, atypischen Fällen Platz, in denen der Erfüllung einer Verpflichtung höhere Interessen, insbesondere die Rücksicht auf Leben und Gesundheit des Schuldners oder seiner Familienangehörigen, oder eine höhere sittliche Pflicht entgegenstehen [3].

Das bekannte Beispiel ist die Sängerin, die ihr Auftreten verweigern darf, wenn ihre Anwesenheit am Bett ihres schwerkranken Kindes erforderlich ist [4]. Ausnahmsweise könne dem Gläubiger auch zugemutet werden, auf den wirtschaftlichen Fortbestand des Schuldners Rücksicht zu nehmen, wenn ein besonderes Treue- und Vertrauensverhältnis bestehe [5]. Weiter könne und dürfe das Zumutbarkeitsprinzip jedoch nicht strapaziert werden [6].

---

1) aaO S.3
2) Vergl. die Zusammenfassung in Thesen, aaO S.184; abl. Blomeyer, ACP 152 S.276 ff
3) Schuldrecht, S.84; Geschäftsgrundlage 1.Aufl., S.78/79; so auch schon Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, S.12; ferner Stoll, Vertrag und Unrecht, S.67, der diese Fälle unter dem Gesichtspunkt der "psychischen Unmöglichkeit" betrachtet.
4) RGZ 92,358; vergl. ferner RGZ 99,1171; 106,318
5) vergl. hierzu RGZ 148,90; BGHZ 2,150; Nikisch, JZ 1952,75
6) vergl. hierzu auch die Kontroverse um die "sittliche Unmöglichkeit": Während Bosch und Hauscheid, JZ 1954,213 und 1956,297 eine Leistung für unzumutbar halten, wenn der Schuldner durch die Erfüllung in einen religiösen Gewissenskonflikt geräte, vertreten Blomeyer, JZ 1954,309,

5. SIEBERT: Versuch einer Systematisierung der Zumutbarkeit im Rahmen von § 242 BGB

SIEBERT faßt den Zumutbarkeitsgedanken als Ausfluß von Treu und Glauben auf, der zu einer Begrenzung oder Abwandlung von Pflichten führen könne, "wenn nach Lage des Einzelfalls ein Eingriff in einen Anspruch, besonders ein Forderungsrecht, unumgänglich erscheine, um ein mit Treu und Glauben schlechthin unvereinbares Ergebnis zu vermeiden"[1]. Der allgemeine Gesichtspunkt der Zumutbarkeit erhalte aber seine besondere Ausprägung in den Lehren vom Wegfall oder Änderung der Geschäftsgrundlage, von der wirtschaftlichen und der psychischen Unmöglichkeit, von der Verwirkung usf. Diese "Lehren" oder "Formeln" dienten dazu, "die Un-Zumutbarkeit, d.h. den entscheidenden Gesichtspunkt, möglichst konkret und mit typischen Tatbeständen zu begründen."

Die besondere Betonung, die die Zumutbarkeit an den Entscheidungen neben den speziellen Formeln und Lehren erfahre, diene vor allem dazu, "Bagatellfälle" auszuschließen, da nur eine merkliche Beeinträchtigung des Betroffenen das Eingreifen von Treu und Glauben begründe und rechtfertige.

Systematisch ist damit nach der Ansicht SIEBERTs die Zumutbarkeit das allgemeinere Prinzip, das die anderen Lösungsprinzipien, Rechtsmißbrauch, Verwirkung, Wegfall der Geschäftsgrundlage (das sind die großen Fallgruppen, in die SIEBERT den § 242 BGB gliedert) umfaßt. Er hält es daher für möglich, daß auf die anderen Prinzipien verzichtet und die Zumutbarkeit zum beherrschenden Gesichtspunkt gemacht würde. Es empfehle sich je-

---

und Wieacker, JZ 1954,466, die Auffassung, daß der Schuldner für seine psychische Leistungsfähigkeit grundsätzlich einzustehen habe und deshalb jedenfalls schadenersatzpflichtig sei, auch wenn einer Verurteilung zur Vertragserfüllung ein echter Gewissenskonflikt entgegenstehe.

1) in Soergel-Siebert, Anm.29-31 zu § 242

doch, "schon aus Gründen der Übersichtlichkeit, den Rechtsmißbrauch (innerhalb dessen die Verwirkung) und den Wegfall der Geschäftsgrundlage mehr selbständig zu sehen, nebeneinander und vor die Unzumutbarkeit zu stellen."

Die Funktion der "reinen" Unzumutbarkeit beschränkte sich dann darauf, als "Rest- und Auffangsbegriff" die wenigen Fälle aufzunehmen, "die nicht auf den speziellen Wegen in die Unzumutbarkeit einmünden."

III. Die Zumutbarkeit und der Begriff des Ermessens

Immer wieder stößt man im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit auf den Begriff des Ermessens, und zwar nicht nur im Verwaltungsrecht, dem Rechtsgebiet, das sich automatisch mit diesem Begriff verbindet, sondern auch in anderen Disziplinen. So spricht schon MEZGER [1] davon, der Schuldausschließungsgrund der Nicht-Zumutbarkeit bleibe nur für ein verhältnismäßig kleines Gebiet "wertenden Ermessens" vorbehalten, und der BGH [2] führt zu der Frage, inwieweit die Abwehr eines objektiv rechtswidrigen Eingriffes in den Gewerbebetrieb gerechtfertigt sei, aus, diese Abwehr müsse sich in den "Grenzen des Notwendigen und Zumutbaren" halten, über deren Umfang "das Ermessen des Berufungsgerichts" zu entscheiden habe.

Während MEZGER und der BGH in der Bestimmung des "Zumutbaren" offenbar einen Akt der Rechtsanwendung sehen, ist das OVG Hamburg [3] der Ansicht, die Frage der Zumutbarkeit oder Nicht-Zumutbarkeit sei keine der verwaltungsgerichtlichen Nach-

1) Strafrecht, S.372
2) NJW 1957,827
3) ZMR 52,105

prüfung unterliegende Tat- und Rechtsfrage und könne "auch nicht unter Verwendung des sogenannten unbestimmten Begriffs in eine Rechtsanwendungsfrage umgedeutet werden". Die Beantwortung der Frage der Zumutbarkeit ergebe sich im vorliegenden Fall nicht als Schlußfolgerung nach den Gesetzen des logischen Denkens, vielmehr entscheide die Behörde innerhalb des durch die Bestimmung festgelegten Rahmens nach ihrem "pflichtgemäßen Ermessen". Im Gegensatz hierzu faßt das BVerwG [1] die Zumutbarkeit als Rechtsbegriff auf, dessen "richtige Anwendung im Einzelfall" jedoch "Tatfrage" und deshalb vom Revisionsgericht nicht nachprüfbar sei [2].

Trotz dieser scheinbaren Widersprüche in den verschiedenen Auffassungen stimmen sie im Sachlichen überein. Dies wird nur dadurch verdeckt, daß mit dem Wort "Ermessen" zwei verschiedene Erscheinungen des Rechts bezeichnet werden, die man nicht immer scharf auseinanderhält: Das Handlungsermessen und das Beurteilungsermessen [3].

a) Handlungsermessen

Handlungsermessen (auch volitives Ermessen genannt) ist dann gegeben, wenn der Verwaltung für den Fall, daß die gesetzlich bestimmten Voraussetzungen vorliegen, eine gewisse Freiheit im Handeln eingeräumt ist. Die Verwaltung kann die R e c h t f o l g e entweder im Rahmen ihres allgemeinen Amtsauftrages frei bestimmen, oder zwischen mehreren, alternativ gebotenen Möglichkeiten wählen [4].

---

1) BVerwGE 3,193
2) Auf dieser Linie liegt auch die Entscheidung BGHSt 6,46, wonach es sich bei der Zumutbarkeit um "eine vornehmlich dem Tatrichter vorbehaltene Wertung des Einzelfalles" handele.
3) Bachof JZ 1955,97; Jesch, AöR 82,205; Ule, Gedächtnisschrift für W.Jellinek, S.309 ff; Reuß, DVBl 1953,585 ff; ders. DVBl 1951,649 ff
4) Menger, S.33; Ule, aaO S.311; Jellinek, Verwaltungsrecht, S.37

b) Beurteilungsermessen

Bei dem Beurteilungsermessen [1] (auch kognitives Ermessen genannt) geht es um die Frage, ob der Verwaltung bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ein gewisser, von den Verwaltungsgerichten [2] nicht nachprüfbarer "Beurteilungsspielraum" zugestanden werden soll oder muß [3].

"Das eigentliche Problem des unbestimmten Begriffs ist das, ob und unter welchen Voraussetzungen seine Unbestimmtheit der rechtsanwendenden Behörde einen Spielraum der Sachverhaltsbeurteilung überläßt, bei dessen Einhaltung die Entscheidung als rechtsmäßig zu gelten hat; und zwar auch dann, wenn das überprüfende Gericht den Sachverhalt anders beurteilt" [4].

Um diesen Beurteilungsspielraum für die Verwaltungsbehörden und die Tatsachengerichte bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe geht es auch in allen oben angeführten Fällen [5]. Allein zu dieser prozessualen Frage nehmen die Gerichte in den Entscheidungen auch Stellung. Über das Wesen der Zumutbarkeit wird dabei direkt oder implicite nur ausgesagt, es handle sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff; die Gerichte unterlassen es jedoch, sich über den materiellen Inhalt

---

1) Um die beiden Institutionen klar zu unterscheiden, empfiehlt Bachof, aaO, das Wort Ermessen nur für den Begriff des Handlungsermessens zu benutzen und statt von Beurteilungsermessen von einem "Beurteilungsspielraum" zu sprechen

2) Wie die Entscheidungen des BGH zeigen, stehen auch die Zivil- und Strafrevisionsgerichte vor diesem Problem

3) Ule, Vortrag, S.22

4) Bachof, aaO S.98

5) Dies gilt auch für die Entscheidung des OLG Hamburg, obwohl der Zumutbarkeit ausdrücklich die Qualität eines unbestimmten Rechtsbegriffs aberkannt wird. Dies beruht darauf, daß das Gericht aus dem Umstand, daß der Verwaltungsbehörde bei der Festlegung des "Zumutbaren" eine gewisse Wahlmöglichkeit eingeräumt werden müsse, folgert, es handle sich um eine Ermessensangelegenheit, die immer dann vorliege, "wenn Tatsachen mannigfacher und verschiedenartiger Beurteilung zugänglich sind": Der typische Fall des B e u r t e i l u n g s e r m e s s e n s !

dieses Begriffs und seine Konkretisierung im Einzelfall zu äußern.

IV. HENKEL: Die Zumutbarkeit - ein regulatives Rechtsprinzip

1. Normatives und regulatives Prinzip

HENKEL [1] faßt die Zumutbarkeit als ein "regulatives Rechtsprinzip" auf und stellt sie als solches in Gegensatz zur normativen Generalklausel.

Das Wesen der normativen Klausel sieht er darin, daß sie einen Wertinhalt besitze, der im Wege der Auslegung ermittelt werden könne und der für die Entscheidung des konkreten Falles einen Beurteilungsmaßstab abgebe. Sie wirke normgebend, indem sie als gesetzgeberische Richtlinie einen Entscheidungsobersatz biete. In ihr sei "sozusagen die richterliche Entscheidung" als Normanwendung antizipiert [2]. Dagegen enthalte die regulative Generalklausel keinen Wertmaßstab; sie sei vielmehr völlig wertfrei und daher nicht geeignet, die Beurteilung des Einzelfalles zu antizipieren.

Als formales Prinzip enthalte es nicht mehr als "eine Anweisung zum Regreß, nämlich zum Zurückgehen auf eine konkrete Lebenserscheinung, aus der die Beurteilungsnorm selbst erst entwickelt werden soll."

Verwerte der Gesetzgeber in einer gesetzlichen Bestimmung eine regulative Klausel, so verzichte er damit ausdrücklich darauf, selbst eine Norm zu setzen, weise vielmehr den Richter an, aus dem Einzelfall heraus, aus der Gesamtheit aller im

---

1) Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für E.Mezger, S.249 ff
2) aaO S.303

Einzelfall erkennbaren Umstände und der sich darbietenden Wertgesichtspunkte selbst eine "Richternorm" zu entwickeln. Diese Tätigkeit des Richters sei nicht mehr Rechtsanwendung, "nicht Urteilsfindung durch Subsumtion unter einen Entscheidungsobersatz, sondern Normschöpfung" [1].

2. Funktion der Zumutbarkeit als regulatives Prinzip

Die methodische Bedeutung der Zumutbarkeit als eines allgemeinen, in dem gesamten Rechtsgebiet auftretenden Prinzips, sieht HENKEL in der Individualisierung von Handlungs- (Leistungs-) und Duldungspflichten. Überall, wo die Grenzen dieser Pflichten nicht durch eine abstraktbegriffliche Formel festgelegt werden könnten, greife die Zumutbarkeit als Anweisung an den Richter ein, diese Grenze durch konkrete, individualisierende Zumessung im Einzelfall zu ziehen. Die Zumutbarkeit habe die feste Rechtsregel in außergewöhnlichen Fällen außer Kraft zu setzen oder einzuschränken, "um den Bedürfnissen einer gerechten Einzelfallentscheidung genügen zu können" [2].

Hierzu könne es auf verschiedene Weise kommen: einmal dadurch, daß der Gesetzgeber selbst den Richter dazu anweise, indem er das regulative Prinzip der Zumutbarkeit in die Gesetzesnorm einbaue, oder daß der unbestimmte, normative Begriff einer Grenzkorrektur bedürfe, weil er für den Einzelfall keine eindeutige Grenzziehung erlaube [3].

---

1) Als Beispiele für normative Generalklauseln nennt Henkel "Treu und Glauben" und die "guten Sitten", weist jedoch darauf hin, daß diese wegen der "Unbestimmtheit ihres Wertinhalts und des Hinweises auf die konkrete Inhaltserfüllung für den Einzelfall" erkennen ließen, daß sich hier bereits der - nicht immer exakt feststellbare - Übergang zum regulativen Prinzip abzeichne: aaO S.303

2) aaO S.260-262

3) Als Beispiel führt Henkel hierfür den unbestimmten Rechtsbegriff des "wichtigen Grundes" an, zu dessen Anwendung im Einzelfall die Rechtsprechung seit langem den Begriff der Zumutbarkeit heranzieht; vergl. Palandt, Anm.23 zu § 626; Galperin, DRZ 1950,73; Scholz, SJZ 1949,2; BAG, NJW 1958,316; BAGE 3,193

Auch könnten außerhalb des gesetzlichen Normierungsbereichs "Grenzziehungen bei Rechtsgewährung und Pflichtanforderungen notwendig werden, die nur durch Normentwicklung aus den Besonderheiten des einzelnen Falles zu gewinnen sind" [1].

3. Der Maßstab des Zumutbaren

Da die Zumutbarkeit keinen normativen Gehalt hat, sondern nur die Anweisung für den Richter enthält, im Einzelfall selbst die konkrete Norm aufzustellen, fragt sich, wo der Richter einen Maßstab für diese Wertung findet. HENKEL sieht ihn in den r e c h t l i c h e n W e r t v o r s t e l l u n g e n d e r G e s a m t h e i t und meint, daß in der zivilrechtlichen Judikatur durch das Zurückgehen auf die "guten Sitten" die Wertanschauungen aller billig und gerecht Denkenden verhältnismäßig brauchbare Richtlinien für den Richter herausgearbeitet worden seien, auf die er zurückgreifen könne.

Im übrigen bewegten wir uns hinsichtlich der Probleme, die daraus erwüchsen, daß die Zumutbarkeit den Richter auf ein "außerhalb dieses Prinzipes liegendes materiales Wertprinzip" verweise, noch auf ganz unsicherem Boden. Wissenschaft und Rechtsprechung müßten das ihre zur Anwendung des Zumutbarkeitsmaßstabes beitragen: die eine "durch weiteres Eindringen in die spezifischen Methodenprobleme der konkretisierenden Normgewinnung", die andere "durch die allmähliche Heranbildung von Richtlinien" [2].

---

1) aaO S.261, 303, 304: so soll z.B. die Zumutbarkeit dazu dienen, die starre Geltung des Satzes pacta sunt servanda in außergewöhnlichen Fällen aufzulockern, um den Bedürfnissen einer gerechten Einzelfallentscheidung genügen zu können, wenn bei laufenden Schuldverhältnissen eine völlige Veränderung der tatsächlichen Vertragsgrundlage eingetreten ist (clausula-Problem).

2) aaO S.308.

§ 2

Eigene Meinung

I. Das Wesen der Zumutbarkeit

1. Die Zumutbarkeit als allgemeines Prinzip der Rechtsordnung

Der Umstand, daß die Zumutbarkeit in allen Rechtsgebieten zu Hause ist, von der Rechtsprechung, dem Gesetzgeber und der Wissenschaft gleichermaßen verwendet wird, spricht gegen die Auffassung, es handle sich dabei um eine spezifische Erscheinung z.B. des Strafrechts oder des Zivilrechts. Zwar wäre es trotzdem möglich, daß der Zumutbarkeit für jedes Rechtsgebiet eine andere Bedeutung zukommt, denn aus der gleichen Benennung kann nicht grundsätzlich auf die gleiche Funktion geschlossen werden. Dies wurde oben am Begriff des Ermessens deutlich. Im allgemeinen deutet aber eine "terminologische" Übereinstimmung auf eine - wenigstens im Kern - "substantielle" Übereinstimmung hin [1].

Dieser erste Eindruck von der Zumutbarkeit als eines allgemeinen Prinzips unserer Rechtsordnung bestätigt sich bei näherer Betrachtung. Obwohl es ganz verschiedene Problemkreise sind, in denen die Zumutbarkeit auftritt, ist ihnen allen ein Moment gemeinsam: die Einbeziehung des Persönlichkeitsbereichs der Beteiligten in die der Rechtsfindung zugrunde liegende Wertentscheidung.

---

1) Im Grunde besteht eine solche "Verwandtschaft" auch zwischen den beiden Erscheinungen des Ermessens: dem "Handlungsermessen" und dem "Beurteilungsermessen". Auch die Rechtsfindung, die Entscheidung im konkreten Fall, ist kein rein kognitiver Vorgang, sondern enthält auch ein volitives Element, vergl. Hegel, Rechtsphilosophie, § 214; neuerdings zu diesem Problem Steindorff, DVBl 1954,110; Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S.11

Dieses personale Element entspricht schon dem sprachlichen Inhalt der Zumutbarkeit: "ein Anmuten, ein Begehren, welchen Grades auch immer, wenngleich es zumeist etwas Minushaftes zum Objekt haben wird" [1].

Die Zumutbarkeit zieht die Person - im weitesten Sinne - in die Abwägung mit herein. Es wird nicht ohne Ansehen der Person entschieden; vielmehr werden gerade die Fakten und Umstände, die das Verhalten des Betreffenden beeinflussen, seine besondere Situation, seine Veranlagung und seine Fähigkeiten, berücksichtigt: Das Urteil wird individualisiert. Dies soll an einigen Beispielen aufgezeigt werden:

a) Zumutbarkeit und Strafrechtsschuld

Das Stichwort der Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit ist hier in dem Augenblick gefallen, als sich die Rechtsprechung von der bloßen psychologischen Betrachtungsweise abwandte, und die Persönlichkeit des Täters und die besonderen Umstände, die auf ihn einwirkten und zur Tat führten, in die Schulderwägungen mit hereinzog. So berücksichtigte das RG in dem berühmten "Leinenfängerfall" [2] zugunsten des Angeklagten, der der fahrlässigen Körperverletzung angeklagt war, daß er bei pflichtgemäßem Verhalten seine Stellung verloren hätte. In dieser Zwangslage hielt das RG ein normgemäßes Verhalten für "unzumutbar" und den Täter deshalb für entschuldigt.

---

1) Karl Kraus, Die Sprache, S.231. Dort finden sich auch Beispiele für die leider häufige, falsche Verwendung dieses Begriffs. Hiervon zeugt auch der folgende Satz: "Unter Umständen, wie sie im Gefolge einer Krise um Berlin denkbar sind, könnte also die Sowjetunion straflos und ohne unzumutbares Risiko einen Deutschland verwüstenden begrenzten Krieg in Mitteleuropa führen" (Dieter Cycon im Leitartikel der Stuttgarter Zeitung vom 13.2.1960). Wer begehrt hier etwas von der Sowjetunion?

2) RGSt 30,25(28); die Entscheidung stammt aus dem Jahre 1897

Diese Auffassung, daß bei der Feststellung der Fahrlässigkeit zu berücksichtigen ist, inwiefern der Täter nach der besonderen Sachlage und seinen persönlichen Fähigkeiten dazu in der Lage ist, die gebotene Sorgfalt zu beachten, m.a.W., ob ihm ein anderes Verhalten zumutbar war, gehört heute zum festen Bestand in Rechtsprechung und Lehre[1].

Das gleiche gilt für die unechten Unterlassungsdelikte. Auch hier kommt es hinsichtlich des Schuldvorwurfs entscheidend darauf an, ob mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Täters, der seelischen, körperlichen und wirtschaftlichen Folgen, die aus dem Rechtsgehorsam für den Täter erwachsen, ein normgemäßes Verhalten von ihm verlangt werden kann[2].

Von dieser Sicht des Zumutbarkeits-Gedankens aus wird deutlich, daß auch die gesetzlichen Entschuldigungsgründe Ausfluß der Zumutbarkeit sind. Auch sie haben einen personalen Aspekt, indem sie die Grenze der Schuld dort ziehen, wo der Selbsterhaltungstrieb in der Regel ein gesetzestreues Verhalten nicht mehr zuläßt. Die Gefahr für Leib und Leben bildet die Grenze für das Verlangen normgemäßen Verhaltens. Allerdings ist die Zumutbarkeit hier typisiert und damit generalisiert, denn es wird nicht geprüft, ob der bestimmte Täter im Einzelfall tatsächlich die nötige Widerstandskraft gehabt hätte. Die psychologische Wirkung der objektiven Notlage auf den Täter wird unterstellt[3].

---

1) BGHSt 2 194,226; 3,62; Wezel, S.146; Schönke-Schröder. Vorls.V § 51; X 6 c ß zu § 51; Maurach, Strafrecht I, S.447
2) BGH FamRZ 56,81; BGHSt 2,150; 3,203; (GSSt) 6,47
3) Maurach, Strafrecht I, S.323; über die individualisierenden Tendenzen, die sich auch hier unter der Flagge der Zumutbarkeit durchsetzen, vgl. Henkel, aaO S.292/293

b) Zumutbarkeit und Notwehrrecht

Das Notwehrrecht, das auf dem Grundsatz beruht: "Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen", wurde ursprünglich absolut gesehen. Die Konsequenz war, daß gegen jeden Angriff die zur Abwehr erforderliche Verteidigung zulässig war. Selbst der schwerste Eingriff in die Rechtsgüter des Angreifers war gerechtfertigt, auch wenn die Verteidigung einem ganz geringwertigen Gut galt [1].

Auch hier ist jedoch das Bestreben festzustellen, den starren Grundsatz aufzulockern. Eine besondere Rolle spielte dabei in der Rechtsprechung die Frage, ob es von dem Angegriffenen verlangt werden könne, sich dem Angriff durch Flucht zu entziehen. In den Entscheidungen, die hierzu ergangen sind, wird auf die Zumutbarkeit abgestellt, wobei die Flucht - oder das Hinzuziehen Dritter - dann für zumutbar angesehen wird, wenn das Zurückweichen nicht "unehrenhaft" sei [2], wenn sie dem Angegriffenen möglich sei, "ohne sich etwas zu vergeben oder eigene oder fremde Interessen preiszugeben" [3]. Die Flucht wurde ferner dann als zumutbar angesehen, wenn der Angegriffene den Angriff provoziert hatte [4].

Die maßgeblichen Gesichtspunkte für die Entscheidung, was im konkreten Fall zumutbar ist, ergeben sich auch hier aus dem Persönlichkeitsbereich desjenigen, der sich in der Notwehrlage befindet. Im Hinblick auf seine besondere Lage, seine Interessen, insbesondere seine Ehre ist zu entscheiden, ob er dem gegnerischen Angriff ausweichen muß oder nicht. Der Angegriffene ist der Bezugspunkt einer subjektivierten Entscheidung.

---

1) Frank, Anm.II zu § 53; v.Liszt-Schmidt, S.193, 197; Mezger, Strafrecht, S.236, 239; RGSt 55,82
2) RGSt 16,69
3) RGSt 71,139 mit einer Anm.von Mezger in JW 1937,1787; OLG Celle, Hann. Rpfl.1947,15
4) OLG Braunschweig, Nds.Rpfl.1953,166; OLG Kiel HESt 2,206

Dabei sind gerade das Notwehrrecht und die Bemühungen der Rechtsprechung um seine Begrenzung besonders geeignet, das Wesen der Zumutbarkeit aufzuzeigen. Neben dem Institut der Zumutbarkeit ist es der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, mit dessen Hilfe das starre Notwehrrecht etwas aufgelockert wird. Er besagt, daß die Schwere der durch die Abwehrhandlung hervorgerufenen Verletzungen nicht ganz außer Verhältnis zum Wert des angegriffenen Gutes stehen darf[1]. So ist z.B. trotz eines intensiven Angriffs die Tötung des Angreifers nicht vom Notwehrrecht gedeckt, wenn der rechtswidrige Angriff sich nur gegen einen geringwertigen Gegenstand richtet[2], so wenn jemand eine Kleinigkeit stehlen will.

Diese Frage der Verhältnismäßigkeit ist allein nach der objektiven Abwägung der einander gegenüberstehenden Rechtsgüter zu entscheiden. Die Person des Angegriffenen und die des Angreifers, ihre besondere Lage und speziellen Interessen bleiben völlig außer Betracht. In den einschlägigen Entscheidungen findet sich deshalb auch nie der Ausdruck der "Zumutbarkeit"[3].

c) Die Zumutbarkeit und das zivilrechtliche Problem veränderter Umstände

Oben wurde schon die Entwicklung der Rechtsprechung zu diesem Problemkreis dargestellt. Hier sollen in Ergänzung zu diesen Ausführungen in groben Zügen die sachlichen Gesichtspunkte aufgezeigt werden, die zu der Zumutbarkeit-Rechtsprechung des RG führten.

---

1) Lehmann, Allgemeiner Teil, S.86; Nagel, Leipz.Komm. Aufl.1944, Anm.II 3 zu § 53; Siebert in: Soergel-Siebert, Anm.13 und 14 zu § 227; Welzel, S.72; RGSt 23,117

2) BGH NJW 1956,920; OLG Stuttgart, DRZ 1959,42 mit zust.Anm.von Gallas; Schaffstein, MDR 1952,132

3) Klar erkannt ist dieser Unterschied offenbar von Siebert, aaO, der die beiden Fallgruppen in der Darstellung scharf voneinander trennt

Der Begriff der Zumutbarkeit erscheint in den Gründen der Entscheidungen, als das RG für sein Urteil, ob die Leistung wirtschaftlich unmöglich ist, nicht mehr ausschließlich die Umstände heranzieht, die zum eigentlichen Vertragsbezirk gehören, sondern dazu übergeht, auch die p e r s ö n l i c h e n Verhältnisse der Parteien - insbesondere des Schuldners - zu berücksichtigen.

Die Blickrichtung der Entscheidungen wechselt von der Leistung auf den Leistenden! [1]

Vergleichen wir z.B. die Begründungen der Entscheidungen RGZ 42,114 und 101,79 zu der Frage, warum die Leistung wirtschaftlich unmöglich sei: RGZ 42,114 stellt darauf ab, daß infolge der Leistungsverzögerung der L e i s t u n g s i n h a l t ein anderer geworden sei, weil die Preis-, die Markt- und damit die Risikolage sich ganz anders darstelle als bei Abschluß des Geschäfts. Es sind dies Überlegungen, die den eigentlichen, engsten Vertragsbezirk betreffen, die Sinn und Zweck des Vertrags nahelegen. Keine Rolle spielen dabei die persönlichen Verhältnisse der Parteien: ob die Durchführung des Geschäfts sie hart treffen, vielleicht gar ruinieren würde, ob die veränderten Umstände auch Vorteile für den betroffenen Teil mit sich brachten und dgl. mehr. Gerade dies aber sind die maßgeblichen Gesichtspunkte in RGZ 101,79: die besonderen Verhältnisse der Beteiligten, insbesondere des Schuldners, sind für die Entscheidung maßgebend, die Leistung sei "unmöglich", Umstände die außerhalb des Vertragsbezirks liegen, und die im Normalfall das Schuldverhältnis nicht berühren und beeinflussen. Besonders deutlich zeigt sich dies bei der Einrede der Existenzvernichtung: ein Gesichtspunkt, der sonst allein in der Zwangsvollstreckung von Bedeutung

---

1) Kegel-Rupp-Zweigert, S.94

ist, ist ausschlaggebend bei der Beurteilung, ob die Leistungspflicht besteht oder entfallen ist.

Aufschlußreich in diesem Zusammenhang ist die Kritik von LARENZ [1], der die "persönliche Zumutbarkeit" auf ganz bestimmte, atypische Fälle beschränken will, in denen rein persönliche Umstände in der Person des Schuldners ein Leistungsverweigerungsrecht begründen sollen. In allen oben angeführten Beispielen kommt dieser personale Aspekt, der der Zumutbarkeit wesenseigen ist, deutlich zum Ausdruck.

d) Die Zumutbarkeit und der Ersatzanspruch der Witwe nach § 844 II BGB

Wird der Ehemann durch Verschulden eines Dritten getötet, hat die Ehefrau gegen den Schädiger einen Ersatzanspruch wegen entgangenen Unterhalts (§ 844 II BGB). Bei der Schadensberechnung ist jedoch die Frage, ob sich die Witwe Einkünfte, die sie aus eigener Erwerbstätigkeit erzielt oder erzielen könnte, im Wege der Vorteilausgleichung anrechnen lassen muß. Die Antwort richtet sich nach Auffassung des BGH [2] nach der "Zumutbarkeit" im konkreten Fall. Entscheidend sind die persönlichen Verhältnisse der Witwe: ihre wirtschaftliche und soziale Lage, Alter und Leistungsfähigkeit, ob sie früher schon berufstätig war u.ä. [3]. Auch hier tritt der Wesenszug der Zumutbarkeit klar zutage: die Entscheidung ist ganz auf die Person, um deren Interesse es geht, abgestellt.

---

1) Larenz, aaO
2) BGHZ 4,170 = DAR 52,41; der BGH und die h.L. sehen hierin allerdings ein Problem der Schadensabwendung und Minderungspflicht (§ 254 II BGB); vgl. hierzu Pagendarm, DAR 1954,109 mit ausführlichen Literaturhinweisen
3) OLG Stuttgart, DRspr I(123)15d, VersR 1954,242

2. Die Zumutbarkeit als Ausdruck der individuellen Gerechtigkeit

In der zunehmenden Vorliebe der Richter und des Gesetzgebers für den Zumutbarkeits-Begriff kommt eine bestimmte Entwicklung unseres Rechtserlebens zum Ausdruck. In ihr zeigt sich die stärkere Betonung der individuellen Gerechtigkeit gegenüber der generellen Gerechtigkeit[1]. Zu den Aufgaben des Staates gehört es, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit, die Grundlagen des Gemeinwohls, zu gewährleisten. Notwendige Voraussetzung hierfür ist, daß der einzelne erkennen kann, was rechtens ist, wie er sich verhalten muß, um mit der bestehenden Ordnung in Übereinstimmung zu bleiben[2], und daß gleiche Tatbestände auch gleich beurteilt und gleich entschieden werden. Diesem Zweck dienen die Gesetze, die abstrakt und generell die Wertung der Gemeinschaft widerspiegeln und dem einzelnen damit einen Maßstab für sein Handeln geben sowie ihre gleichmäßige Anwendung durch Gerichte und Behörden. Die Rechtsordnung als "harmonischer Zusammenklang aller Gesetze" verkörpert damit die Rechtssicherheit, Stetigkeit und Gleichmäßigkeit, d.i. die generelle Gerechtigkeit[3].

Die generelle Gerechtigkeit steht jedoch in einem Spannungsverhältnis zur Einzelfallgerechtigkeit (= individuelle Gerechtigkeit)[4]. Auch das vollkommenste Gesetz kann als notwendig generelle Regelung nicht jeden Fall in seiner konkreten Eigenart erfassen. Da es immer ein Bündel von Lebensvorgängen ergreift, ist eine Schematisierung wesensbedingt. Die Einzelfallgerechtigkeit ver-

---

1) Wengler, NJW 1959,1706
2) Esser, Grundsatz und Norm, S.269
3) Sauer, Gerechtigkeit, S.105
4) Erdsieck, NJW 1959,472; die Entwicklung dieses Spannungsverhältnisses, die in drei Phasen verläuft - von der Individualgerechtigkeit über die generelle Gerechtigkeit wieder zur Individualgerechtigkeit -, zeigt Fechner anschaulich auf in seiner Abhandlung "Recht und Staat in Stifters Witiko", S.20 ff

langt aber die Beachtung der Einmaligkeit der konkreten Fälle, Sachen und Personen, denn der Kern der Gerechtigkeit "liegt nicht in der Gleichheit der Behandlung von Personen (Vertauschbarkeit, Umkehrbarkeit), nicht in dem Absehen von Verschiedenheit, sondern gerade umgekehrt in dem B e t o n e n d e r V e r s c h i e d e n h e i t, da kein Fall gleich liegt und keine Person der andern völlig gleicht" [1].

Die individuelle Gerechtigkeit findet Eingang in die Rechtsprechung über die Generalklauseln, sei es, daß der Gesetzgeber ausdrücklich auf sie verweist, oder daß der Richter sie zur Lösung eines Falles heranzieht, auch wenn ihre Geltung nicht positiv-rechtlich bestimmt ist. Sie sind der "Ausweg, um der Individualgerechtigkeit nach materiellen Gerechtigkeitsmaßstäben zur Anwendung zu verhelfen" [2]. Diese Aufgabe und Funktion erfüllt auch das Zumutbarkeits-Prinzip. Allerdings nicht in dem rein formalen Sinn wie es HENKEL sieht, daß nämlich die Zumutbarkeit den Richter - quasi als Sammelbegriff - n u r a n w e i s t, die Entscheidung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu treffen.[3]

Die vom Richter geforderte Entscheidung kann von vornherein nur an Hand eines konkreten Falles mit seinen Einzel- und Eigenheiten erfolgen. Darin besteht gerade das Wesen der richterlichen Tätigkeit, daß "von Fall zu Fall" entschieden wird "angesichts eines Sachverhalts mit allen seinen Finzelheiten" [4]. Die Zumutbarkeit aber verkörpert einen b e s o n d e r e n A s p e k t der individuellen Gerechtigkeit: sie zieht die Persönlichkeitssphäre (im weitesten Sinn) in die Abwä-

---

1) Sauer, Gerechtigkeit, S.11
2) Esser, Grundsatz und Norm, S.329. Auch in anderen Gebieten zeigt sich diese Tendenz. Handlungen nicht mehr nach allgemein feststehenden Maßstäben zu beurteilen, sondern nach dem jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung seiner besonderen Umstände; vergl. so z.B. in der Moraltheologie: Piper, Die Klugheit, S.65.
3) Vergl. oben S.19
4) Steindorff, DVBl 1954,110

gung, die dem richterlichen Urteil zugrunde liegt, mit ein. Die Entscheidung ergeht nicht nach rein sachlichen Gesichtspunkten, "ohne Ansehen der Person", sondern es werden gerade die besondere Situation, in der der einzelne steht, seine Fähigkeiten und Anlagen, die Umweltseinflüsse und dgl. mehr berücksichtigt. Dadurch wird zwar erreicht, daß dem Einzelfall weitestgehend Gerechtigkeit widerfährt, doch steht dieser positiven auch eine negative Seite gegenüber: Das Recht wird in seiner Ordnungsfunktion beeinträchtigt, weil es weitgehend seine Vorausberechenbarkeit und damit seine Fähigkeit Maßstab und Richtschnur für das menschliche Verhalten zu sein, verliert [1].

II. Die Rechtsnatur der Zumutbarkeit

1. Die Entwicklung der Zumutbarkeit zu einem allgemeinen Lösungsprinzip

Verfolgt man die Kritik, der die Zumutbarkeit in der Literatur ausgesetzt war, stellt man fest, daß die zunächst sehr starke Polemik, die sich gegen die Verwendung des Zumutbarkeits-Gedankens in Lehre und Rechtsprechung wandte, immer mehr verstummte.

Während die Zumutbarkeit zunächst als "nebelhafter Begriff" als "tautologische Formel" abgelehnt wurde [2], gehört sie heute zum festen Bestandteil unseres Rechtslebens und gilt als ein "Erfahrungsbegriff, dessen Anwendung auf den Sachver-

---

1) Die starke Individualisierung unseres Rechtslebens zeigt sich auch in der zunehmenden Betonung und Bedeutung der (subjektiven) Grundrechte; vergl. Sauer, Gerechtigkeit, S.151 ff

2) Vgl. oben S.4

halt keine sonderlichen Schwierigkeiten bereitet"[1].

Diese unterschiedliche Beurteilung beruht nicht etwa nur darauf, daß das Zumutbarkeits-Problem im Laufe der Zeit klarer erkannt und theoretisch durchdrungen worden wäre. Sie spiegelt vielmehr eine Entwicklung wider, die die Zumutbarkeit als Rechtsphänomen während dieser Zeit durchgemacht hat. Die Zumutbarkeit ist ein typisches Beispiel für die "judizielle Entwicklung eines allgemeinen Rechtsgedankens"[2] und zwar des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, daß niemand überfordert werden darf, daß in die Persönlichkeitssphäre des einzelnen nicht unbeschränkt und nicht über Gebühr eingegriffen werden darf[3].

Im Denkgebäude des wissenschaftlichen Positivismus und des sich daran anschließenden, auf ihm aufbauenden Gesetzespositivismus[4] hatte dieser allgemeine Rechtsgrundsatz nur insoweit Platz, als er in die rechtswissenschaftlichen Begriffe und Lehrsätze bzw. dann in die Gesetze Eingang gefunden hatte. Als Beispiel sind die gesetzlichen Entschuldigungsgründe zu nennen, die der menschlichen Natur, dem Selbsterhaltungstrieb Rechnung tragen. Allgemeine Geltung über seine Fixierung in wissenschaftlichen Lehrsätzen und Begriffen oder in Gesetzen kam dem Grundsatz nach dieser Auffassung nicht zu[5].

Die Praxis zeigt jedoch, daß sich dieses elementare Gerechtigkeitspostulat stets, auch gegen

---

1) Bachof, JZ 1955,101. Er kritisiert in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 3,193), weil darin die Zumutbarkeits-Frage "weitgehend als Tatfrage" aufgefaßt ist, die insoweit der Entscheidung des BVerwG als Revisionsgericht entzogen sei; dieses könne nur Prüfen, "ob die Vorderinstanz der Rechtsbegriff der Zumutbarkeit verkannt hat" (vgl. hierzu unten S.33/34)
2) Esser, Grundsatz und Norm, S.249, der hier diese Zusammenhänge zum ersten Mal aufzeigt und eingehend darlegt.
3) Dieser Gedanke findet sich schon in dem römisch-rechtlichen Satz "ultra posse nemo obligatur"
4) Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S.253 ff.
5) Eb.Schmidt, Gesetz und Richter, S.3 ff.

herrschende Doktrin und geltendes Gesetz durchgesetzt hat. Die Richter sahen sich immer wieder Fällen gegenüber, die so gelagert waren, daß das gesetzte Recht nicht für sie paßte. Das Rechtsgefühl empfand das Ergebnis, zu dem das positive Recht führte, nicht als gerecht, wie z.B. in dem oben [1] angeführten "Leinenfängerfall" oder in den "clausula-Fällen" [2].

Hier bot sich dem Richter die Zumutbarkeit quasi als Schlagwort, als eine "heuristische Formel" an, [3] mit deren Hilfe er zu einem Ergebnis kommen konnte, das mit seinem Rechtsgefühl übereinstimmte [4].

Die Zumutbarkeit half dem Richter, die von ihm gefühlsmäßig erkannte Grenze rechtlicher Pflichtanforderung in Begriffe umzusetzen und darzulegen. Damit wurde jedoch die "Zumutbarkeit" vielfach zum Ansatzpunkt für eine neue Rechtsprechung, indem die Problemlösung auch von anderen Gerichten übernommen wurde und sich allmählich durchsetzte.

2. Zumutbarkeit als institutionelles Prinzip

Das Zumutbarkeitsprinzip hat im Laufe der Zeit durch Doktrin und Praxis eine derart starke Durchbildung erfahren, daß es heute als "institutionelles Prinzip" angesprochen werden kann, d.h. es ist ein Prinzip, "das sich in positiv anerkannten Institutionen verkörpert" [5] hat. In den einzelnen Problemkreisen hat die Rechtsprechung

---

1) Vergl. S.21
2) Vergl. S.6 ff, 25
3) Esser, Grundsatz und Norm, S.91, 132, 302
4) Die richterlichen Entscheidungen sind Werturteile, die wie alle Urteile eine logische Bestimmtheit erfordern, aber mehr oder weniger von Gefühlselementen durchsetzt sind; Sauer, Gerechtigkeit, S.79
5) Esser, Grundsatz und Norm, S.88.

das Prinzip als Arbeitsgrundlage erarbeitet; jede Entscheidung bringt eine weitere Klärung der Frage und führt auf diese Weise zur Statuierung des Rechts [1]. Die Rechtsprechung wird Rechtsquelle [2].

Dabei besteht eine lebendige Wechselwirkung zwischen Praxis und Doktrin. Die dogmatische Durchdringung der Rechtsprechung durch die Wissenschaft ergibt einmal "neue kasuistische Gesichtspunkte" [3], zum andern schält sie den logischen Ableitungswert aus dem Prinzip heraus, legt seinen rechtlich faßbaren Gehalt dar und macht es dadurch auch für die Lösung anderer Probleme fähig [4].

Als institutionelles Prinzip kann die Zumutbarkeit auch vom Gesetzgeber in die Gesetze eingebaut werden. Die bestehende reiche Judikatur zum Zumutbarkeitsprinzip im Zusammenhang mit den verschiedensten Problemen und deren wissenschaftlicher Durchdringung geben dem Richter die Maßstäbe, die es ihm ermöglichen, für den konkreten Fall die Rechtsnorm zu finden, unter die er den Sachverhalt subsumieren kann.

---

1) Der Vorgang läßt sich für das einzelne Problem in etwa veranschaulichen, indem man das Rechts-Problem mit einer analytischen Kurve vergleicht: einige (die Maxima-u.Minima-) Punkte sind von vornherein festgelegt, jede weitere Entscheidung steuert wieder einen Punkt bei, so daß der exakte Kurvenverlauf immer präziser, wenn auch nie ganz exakt, aufgezeichnet werden kann.
2) Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S.14 ff; so auch schon Bülow, Gesetz und Richteramt, S.7; Less, Vom Wesen und Wert des Richterrechts, S.63/64
3) Esser, Grundsatz und Norm, S.245
4) Esser, JZ 1953,521 Anm.2

§ 3

Zumutbarkeit und Revisibilität

Zum Abschluß unserer Untersuchungen über die Zumutbarkeit müssen wir uns noch mit der Frage der Revisibilität der Zumutbarkeit beschäftigen. Es geht dabei um das aktuelle und vieldiskutierte Problem des Umfangs der Revisibilität unbestimmter Begriffe, das oben schon angeschnitten worden ist[1]. Die Tendenz in Literatur und Rechtsprechung geht dabei allgemein dahin, die Befugnis der Revisionsgerichte zu beschränken, die Anwendung unbestimmter Begriffe durch die Tatsacheninstanz nachzuprüfen. Es kann hier allerdings nicht auf alle Meinungen und Theorien, die zu diesem Problem geäußert und entwickelt wurden[2], eingegangen werden. Wir müssen uns vielmehr damit begnügen, die untereinander divergierenden Auffassungen verschiedener Revisionsgerichte, des Bundesarbeitsgerichts, des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts kurz zu skizzieren und dazu Stellung zu nehmen.

1. Die Rechtsprechung des BVerwG

Das Bundesverwaltungsgericht vertritt die klarste, aber auch bedenklichste Auffassung. Es hält bei

---

1) vgl. S.15/16

2) Engisch, Logische Studien, S.92, insbesondere S.112 ff; Jesch, Zur Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe, DÖV 1956,77, welcher Darstellung die nachstehenden Ausführungen im wesentlichen folgen; ders., Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, AöR 82,163 ff; Mannheim, Beiträge zur Lehre von der Revision materiell-rechtlicher Verstöße im Strafverfahren, § 85 ff; Nikisch, S.495; Peters, Tat-, Rechts- und Ermessensfragen der Revisionsinstanz, ZStrW 57,53 ff; ders., Strafprozeß, S.517; Platte, Revision und neues Strafrecht, S.7; Rosenberg, S.673 ff; Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, 2.Aufl. 1960

unbestimmten Rechtsbegriffen das Revisionsgericht nur für befugt, nachzuprüfen, ob die "Vorinstanz den Rechtsbegriff richtig ausgelegt, nicht aber, ob sie ihn im Einzelfall richtig angewendet hat"[1]. Die Subsumtion des Sachverhalts unter den Rechtssatz im Einzelfall sieht das Bundesverwaltungsgericht als "Tatfrage" an. Dies stellt es ausdrücklich auch in einer Entscheidung [2] fest, die sich mit der "Zumutbarkeit" einer wohnungsbehördlichen Zuweisung befaßt. Das Revisionsgericht könne hier nur prüfen, ob die Vorinstanz den Rechtsbegriff der Zumutbarkeit verkannt habe.

2. Die Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen

Ähnlich ist die Auffassung, die der Bundesgerichtshof in Zivilsachen im Zusammenhang mit dem Begriff "grobe Fahrlässigkeit" vertritt [3]. Da es sich um einen Rechtsbegriff handle, sei im Revisionsrechtszug nachzuprüfen, ob das Berufungsgericht diesen Rechtsbegriff verkannt habe, insbesondere ob es sich des Unterschieds der Begriffe der gewöhnlichen Fahrlässigkeit und der groben Fahrlässigkeit bewußt gewesen sei, und ob es sich schließlich darüber klar gewesen sei, daß im gegebenen Fall grobe Fahrlässigkeit vorliegen müsse. Dagegen soll die Beurteilung, was im gegebenen Fall " g r o b fahrlässig" ist, eine tatrichterliche Frage sein. Da die Beantwortung nicht einheitlich für alle Fälle, sondern nur von Fall zu Fall erfolgen könne, wobei auch subjektive, in der der Individualität des Handelnden begründete Umstände zu berücksichtigen seien, habe der Richter nach freiem, pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen, ob nach der Gesamtlage der Umstände die Sorgfaltsverletzung als besonders

---

1) BVerwGE 2,184, wobei es um den Begriff "Hilfe zur Erwerbsbefähigung" ging
2) BVerwGE 3,193
3) BGHZ 10,16

schwer erscheine. Der Begriff "grob" werde insoweit zu einem Tatsachenbegriff und damit zu einer Tatfrage [1].

3. Die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen

Andere Wege ging ursprünglich der Bundesgerichtshof in Strafsachen. In Fortsetzung der Rechtsprechung des RG, die forderte, daß die "bei der Prüfung maßgebend gewesenen Rechtsgründe angegeben werden, um erkennen zu lassen, ob sie auf zutreffenden rechtlichen Erwägungen beruhe" [2], verlangte er, daß die Tatsacheninstanz ausreichende tatsächliche Feststellungen treffe und die rechtlichen Grundsätze, die für die Auslegung des unbestimmten Begriffs maßgeblich seien, auf diese Feststellungen bedenkenfrei anwende. Nicht nur die Auslegung des Rechtsbegriffs durch das Tatsachengericht wird überprüft, sondern auch, ob die Subsumtion der festgestellten Tatsachen unter den Rechtsbegriff berechtigt sein könne [3].

In einer späteren Entscheidung zur Frage der Zumutbarkeit führt der Bundesgerichtshof jedoch aus, das gerechte Ergebnis im Einzelfall gewährleiste vor allem die Prüfung der Zumutbarkeit, doch ließen sich dafür, wann dieser Schuldausschließungsgrund durchgreife, keine festumrissenen Leitsätze sondern nur allgemeine Richtlinien aufstellen.[4] Zwar sei ein strenger Maßstab anzulegen, im übrigen aber handle "es sich um eine vornehmlich dem Tatrichter vorbehaltene Wertung des Einzelfalles". Hier ist eine starke Annäherung an die Rechtsprechung der Zivilsenate fest-

---

1) Entsprechend BGHZ 4,186 zum Begriff der "schweren Eheverfehlung"
2) RGSt 63,273
3) BGHSt 1,174; 2,212
4) BGHSt 6,57; es ging um die den Eltern zumutbaren Maßnahmen, ein unzüchtiges Treiben ihrer Kinder zu verhindern

zustellen, da auch hier die Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter den Rechtsbegriff der Zumutbarkeit im Einzelfall als Tatfrage angesehen wird.

4. Die Rechtsprechung des BAG

Das Bundesarbeitsgericht dagegen stellt eindeutig fest, daß nicht nur die Auslegung der Rechtsnorm, das Aufstellen des Obersatzes, eine nachprüfbare Rechtsfrage ist, sondern auch die Subsumtion des Sachverhalts unter die Rechtsnorm[1]. Es sieht sich allerdings veranlaßt, seine Auffassung für den Fall zu modifizieren, daß der Sachverhalt unter einem unbestimmten Rechtsbegriff zu subsumieren ist. Hier soll eine Rechtsfrage besonderer Art vorliegen. Da auch subjektive Umstände zu berücksichtigen seien, könne die Entscheidung nur von Fall zu Fall erfolgen; deshalb müsse hier der Tatsacheninstanz, die dem zu beurteilenden Lebenssachverhalt näher stehe, bei der "bewertenden Subsumtion" ein angemessener Spielraum eingeräumt werden. Eine "Rechtsverletzung" ist in diesen Fällen nach Ansicht des BAG dann gegeben, wenn bei der Subsumtion

a) gegen Rechtsvorschriften
b) gegen allgemein anerkannte Bewertungsmaßstäbe
c) gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze

verstoßen, insbesondere die Bewertung offensichtlich fehlerhaft vorgenommen wurde.

5. Eigene Meinung

Der richtige Ansatzpunkt findet sich in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Zur Rechts-

---

1) AP (Nr.1) § 23 BetrVG

anwendung, die der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt, gehört nicht nur die Feststellung und Erkenntnis der abstrakten Tatbestandsmerkmale, sondern auch die Subsumtion des Streitstoffs im konkreten Fall unter die richtig erkannte Norm[1]. Die Ermittlung des Obersatzes kann immer nur im Hinblick auf einen Sachverhalt erfolgen. Die vorliegenden Tatsachen bestimmen die Auswahl und Ausbildung des Obersatzes aus einer Vielzahl von Gesetzesvorschriften; andererseits werden aber auch aus dem komplexen Lebenssachverhalt nur diejenigen Fakten herausgezogen, die für die Bildung des Obersatzes wesentlich erscheinen. Der Sachverhalt wird also schon beim Aufstellen des Obersatzes unter diesen praktisch subsumiert[2]. Um die Subsumtion in vollem Umfang nachprüfen zu können, muß das Revisionsgericht deshalb den genauen Sachverhalt kennen. Insoweit ist es jedoch auf den Sachverhalt angewiesen, der ihm von der Tatsacheninstanz schriftlich vermittelt wird. In dieser Übermittlung des Sachverhalts aber liegt das eigentliche Problem. Vielfach ist es für den Tatrichter unmöglich, den Fall in all seinen Einzelheiten und Verästelungen darzustellen und die Gründe in vollem Umfang darzulegen, die für die Entscheidung maßgebend waren. Wenn es sich nicht gerade um einen Obersatz handelt, der sich in einfachen, klaren, festumrissenen Begriffen festlegen läßt, spielen bei der Rechtsfindung - mehr oder weniger stark - irrationale, gefühlsmäßige Momente mit, die aus der Kenntnis der Gesamtumstände, dem unmittelbaren Erleben des Falles erwachsen[3]. Diese lassen sich aber schriftlich nicht festhalten und deshalb auch dem Revisionsgericht nicht übermitteln.

---

1) Rosenberg, S.674
2) Jesch. AöR, S.191: "Jede Interpretation ist antizipierte Subsumtion"
3) Jesch. AöR, S.202; Sauer, Methodenlehre, 1940, S.349; Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, S.62

Diese Unmöglichkeit der vollständigen Übermittlung aller für die Entscheidung maßgeblichen Komponenten setzt der Nachprüfung der Urteile in der Revisionsinstanz Grenzen. Muß das Revisionsgericht aus dem Sachverhalt entnehmen, daß für die Entscheidung der Tatsacheninstanz solche nicht-mitteilbaren Imponderabilien von Bedeutung waren, und gelangt es zu dem Ergebnis, daß unter dieser Voraussetzung die Entscheidung richtig ist, muß sie das Revisionsgericht respektieren. Denn mangels genauer Kenntnis des Sachverhalts wäre es nicht in der Lage, selbst ein richtiges Urteil zu fällen [1].

Besonders häufig tritt dieses Problem bei den unbestimmten Rechtsbegriffen auf, da sie im allgemeinen nicht in deskriptive Begriffe aufgelöst werden können, sondern fast immer einen etwas vagen Inhalt und Umfang behalten. JESCH [2] nennt deshalb das Problem des unbestimmten Rechtsbegriffs zutreffend "ein Problem der nicht-mitteilbaren Imponderabilien, der schriftlich nicht niederlegbaren intuitiven Erfassung der Gesamtsituation".

Ein typisches Beispiel hierfür ist wegen der ihr wesenseigenen personalen Bezogenheit die Zumutbarkeit. Gerade wenn subjektive Momente in die Bewertung mit hineinspielen, ist eine gerechte Entscheidung ohne unmittelbare Kenntnis der Person und ihrer Bezüge zur Umwelt in der Regel nicht möglich. Persönlichkeitswerte lassen sich letzten Endes nicht rational erfassen. Deshalb sind es auch immer wieder die Fälle, in denen subjektive Umstände zu berücksichtigen sind, die den Anstoß für die Gerichte geben, die Nachprüfung in der Revision zu beschränken. So wird in BGHZ 10,16 ausgeführt [3], daß bei der Abwägung

---

1) Jesch, AöR, S.202
2) Jesch, aaO S.203
3) Vergl. oben S.34

auch "subjektive, in der Individualität des Handelnden begründete Umstände" zu berücksichtigen seien. Mit fast den gleichen Worten begründet das BAG seine Meinung, wonach dem Berufungsgericht bei der Subsumtion ein angemessener Spielraum einzuräumen sei [1], und der BGH in Strafsachen und das BVerwG sehen sich gerade im Zusammenhang mit dem Zumutbarkeitsprinzip vor dieses Problem gestellt [2].

1) AP (Nr.1) § 23 BetrVG; vergl. oben S.36
2) Vergl. oben S.33-35

2. Kapitel

DER GEDANKE DER ZUMUTBARKEIT IM ZIVILPROZESSRECHT

§ 1

Die Stellung der Zumutbarkeit im Verfahrensrecht

I. Verhältnis des Zumutbarkeitsprinzips zum formellen Recht

Die Zumutbarkeit gehört als institutionelles Prinzip zum materiellen Recht. Sie trägt einen Wertinhalt in sich und gibt damit für den Richter einen Beurteilungsmaßstab ab zur Entscheidung der ihm vorgelegten Sachverhalte. Dagegen ist das Verfahrensrecht f o r m e l l e s Recht. Es enthält die technischen Regeln für den Ablauf des Verfahrens, durch das der Staat dem Bürger im Einzelfall Rechtsschutz gewährt, ihm zu seinem materiellen Recht verhilft. Es scheint daher, als sei für den Zumutbarkeitsgedanken im Verfahrensrecht gar kein Platz.

Das Prozeßrecht enthält jedoch nicht nur solche technischen Regeln. Es begründet auch Pflichten sowohl für die Prozeßbeteiligten als auch für dritte Personen. So sind die Parteien verpflichtet, auf entsprechende Anordnungen des Gerichts zum Termin persönlich zu erscheinen (§ 141). Außerdem obliegt den Parteien die Pflicht zur Wahrheit und Vollständigkeit (§ 138 I): die Partei darf nicht wider besseres Wissen Behauptungen aufstellen oder bestreiten, Beweismittel benennen oder Beweiseinreden erheben, und sie darf nicht

nur die ihr günstigen Tatsachen heraussuchen, die andern aber verschweigen. Ferner sind sowohl die Parteien als auch dritte Personen verpflichtet, sich unter gewissen Voraussetzungen erbkundlichen Untersuchungen zu unterziehen (§ 372a ZPO). Für Dritte besteht die Zeugnispflicht und für die Parteien im Bereich der Untersuchungsmaxime die Erscheinungspflicht zum Zwecke der Parteivernehmung (§§ 619, 640, 641).

In allen diesen Fällen kann die Erfüllung der Verpflichtung zu einem Konflikt mit persönlichen Interessen des Pflichtigen führen. Damit ist aber die Grundsituation für das Eingreifen des Zumutbarkeitsgedankens gegeben [1].

II. Die Zumutbarkeit und der Begriff der "Last"

Außer diesen obengenannten Pflichten gibt es im Zivilprozeß für die Parteien keine Pflichten, sondern nur Lasten [2]. Das Wesen der Last besteht darin, daß ihr der imperativische Charakter fehlt [3]. Das Gesetz stellt das Verhalten der Partei in bezug auf die Last in ihr freies Belieben, droht jedoch für den Fall, daß sie sich nicht prozeßgemäß verhält, Rechtsnachteile an [4].

Der Gesetzgeber spannt das Eigeninteresse der Parteien ein, um sie zu sachgemäßem Verhalten zu bewegen. So gibt es keine Einlassungs- und keine Beweispflicht, sondern nur eine Einlassungs- und eine Beweislast [5]. Ist hier für das Zumutbarkeits-

---

1) Die Wahrheitspflicht scheiden wir aus den weiteren Untersuchungen aus, da sie hinsichtlich ihres Inhalts, Umfangs und der Folgen, die ihre Verletzung auslöst, noch zu ungeklärt ist
2) Goldschmidt, Rechtslage, S.100; ders., Zivilprozeßrecht. S.107; Niese, S.66; Rosenberg, S.10
3) Niese, S.63
4) Lert, ZZP 67 S.350
5) Rosenberg, S.9

prinzip Raum? Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen. Die Grundsituation, in der die Zumutbarkeit zum Zuge kommen kann, ist auch dann gegeben, wenn dem einzelnen keine Pflicht, sondern nur eine Last auferlegt ist. Richtet die Partei, der eine Handlungslast obliegt, ihr Verhalten nicht entsprechend ein, so treffen sie die gesetzlich daran geknüpften Nachteile. Es besteht für sie somit ein psychologischer Zwang, sich so zu verhalten, wie es das Gesetz von ihr erwartet. "Was als Pflicht nicht erzwungen werden kann, wird durch Androhung von Rechtsnachteilen abgenötigt" [1].

Auch wenn dem Betroffenen nur eine Last auferlegt ist und keine Pflicht, können die an ihn gestellten Anforderungen im Hinblick auf die in seiner Person vorliegenden Umstände zu groß sein. Das Verhalten, das ihm abgenötigt werden soll, kann für ihn unzumutbar sein, weil er damit überfordert würde. Es kann deshalb sein, daß der angedrohte Nachteil nicht eintritt, obwohl sich der "Lastträger" nicht wie vom Gesetz erwartet verhalten hat, weil ein entsprechendes Verhalten für ihn nicht zumutbar war. Grundsätzlich schließt deshalb der Begriff der Last die Geltung des Zumutbarkeitsprinzips nicht aus.

In der Praxis dürfte ein solcher Fall jedoch nicht vorkommen. Die ZPO ist in ihrer Ausgestaltung ein Kind des Liberalismus. Eingriffe in die Sphäre des Bürgers werden soweit als möglich vermieden [2].

Deshalb werden den Beteiligten auch grundsätzlich keine Pflichten auferlegt, sondern es wird über die Statuierung von Lasten das Eigeninteresse der Parteien mobilisiert. Die Nachteile, die ihnen dabei für das Nichthandeln angedroht werden, stellen das Unerläßliche dar, um ein geordnetes Verfahren zu gewährleisten. Sie müssen daher auch von den Parteien in der Regel in Kauf genommen werden.

1) Niese, S.66
2) Kisch, Judicium 1928/29, S.2; Jonas, DR 1941,1697; Boehmer, Grundlagen, 1.Buch, S.110

§ 2

Die Zeugnispflicht

Vorbemerkung

Die Untersuchung über die Bedeutung des Zumutbarkeitsprinzips im Zivilprozeßrecht beginnt am zweckmäßigsten bei den Zeugnisverweigerungsrechten der §§ 383 ff. Zwar nimmt hier das Gesetz - anders als bei der Untersuchungsduldungspflicht des § 372a und der Erscheinenspflicht des § 141 - nicht expressis verbis auf die Zumutbarkeit Bezug, doch liegt der Mehrzahl der kasuistisch geregelten Fälle der Gedanke der Zumutbarkeit zugrunde: die Abwehr übermäßiger und daher unzulässiger Eingriffe in die Belange des Zeugen.

Eine Analyse der einzelnen Zeugnisverweigerungsrechte, in denen das Gesetz in klaren Entscheidungen die Grenze des Zumutbaren festlegt, kann Anhaltspunkte für die Konkretisierung des Zumutbarkeitsprinzips in den Fällen bieten, in denen der Gesetzgeber sich damit begnügt hat, generell auf die Zumutbarkeit zu verweisen.

I. Rechtsnatur, Wesen und Zweck der Zeugnispflicht

1. Die Zeugnispflicht ist eine allgemeine Pflicht öffentlich-rechtlicher Natur, die dem Staat als dem Berechtigten gegenüber besteht [1]. Sie entspringt dem "allgemeinen Staatsverhältnis" zwischen Staat und Untertan [2]. Der Einzelne befindet sich in einem Zustand genereller Pflichtigkeit

1) Rosenberg, S.558; Wach, Der Gerichtssaal, S.2; OLG Dresden JW 1919,939
2) Goldschmidt, Rechtslage, S.130

zur Zeugnisablegung, der sich im Einzelfall durch Zustellung der Ladung zur Pflicht konkretisiert. Verpflichtet zur Zeugnisleistung vor deutschen Gerichten sind alle Menschen, die der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegen [1]. Die Zeugnispflicht ist eine komplexe Pflicht. Sie setzt sich zusammen aus der Pflicht zum Erscheinen, der Pflicht zur Aussage und der Pflicht zur Beeidigung.

2. Die Zeugnispflicht besteht im Interesse der Rechtspflege. Sie soll die vollständige Aufklärung des Sachverhalts ermöglichen, indem sie dritte, am Prozeß unbeteiligte Personen dazu zwingt, ihre Kenntnis über entscheidungserhebliche Tatsachen dem Gericht mitzuteilen. Nur auf dieser Grundlage kann die Rechtspflege oftmals ihre Aufgabe erfüllen, das objektive Recht zu verwirklichen [2]; denn nur der Richter, der den wahren Sachverhalt kennt, kann ein richtiges und damit gerechtes Urteil fällen. Die Zeugnispflicht steht damit letztlich im Dienste der Wahrheit und der Gerechtigkeit. Diese übergeordneten Interessen rechtfertigen es, dem einzelnen diese Verpflichtung aufzuerlegen, die u.U.für ihn erhebliche Unannehmlichkeiten und Nachteile mit sich bringen kann.

II. Rechtsnatur, Wesen und Zweck der Zeugnisverweigerungsrechte

1. Die öffentlichen Interessen, die zur Statuierung der allgemeinen Zeugnispflicht geführt haben, können im einzelnen Fall mit anderen - öffentlichen oder privaten - Interessen in Kollision geraten. So können z.B. Interessen des allgemeinen Staatswohls und der Staatssicherheit

---

1) Lent, KLB, S.151; Rosenberg, S.558; LG Göttingen, JW 1932,3833
2) Lent, aaO; Rosenberg, S.3; Schönke-Schröder-Niese, S.43

einer Zeugenaussage entgegenstehen, oder auch bestimmte Amts- oder Berufsinteressen. Am häufigsten sind es jedoch persönliche Interessen, Gründe, die in der Person des Zeugen liegen, die einer Aussage entgegenstehen. Dabei kann es sich um die verschiedensten Gründe handeln, von sittlich und rechtlich ganz unterschiedlichem Gewicht. So stehen im einen Fall materielle Interessen des Zeugen auf dem Spiel, während im andern Fall Rücksichten auf die Familienbande einer bestimmten Aussage entgegenstehen.

Hier ist es nötig, die richtige Abgrenzung zwischen den Interessen der Allgemeinheit und den Interessen des einzelnen zu finden. "Es gilt, den Bürger in dem geschaffenen Dilemma nicht über seine Kräfte zu versuchen und ihm nicht unerträgliche Lasten aufzubürden" [1]. Wir haben hier das typische Problem der Zumutbarkeit: inwieweit in die Persönlichkeitssphäre des einzelnen eingegriffen werden darf, indem man von ihm fordert, seine persönlichen Interessen und Belange zurückzustellen.

2. In den §§ 383 ff versucht das Gesetz, dieses Problem, das Verhältnis des einzelnen zur Gemeinschaft richtig zu bestimmen, durch eine kasuistische Regelung zu lösen. In abschließender Aufzählung sind dort die verschiedensten Gründe genannt, die den Zeugen berechtigen, das Zeugnis, sei es generell oder nur auf bestimmte Fragen, zu verweigern. Andere als die dort aufgeführten Gründe werden nicht berücksichtigt. [2]

3. Das Zeugnisverweigerungsrecht ist eine Einrede gegen den Anspruch des Staates auf Aussage. Der Anspruch auf Aussage bleibt zwar bestehen, aber er kann sich nicht durchsetzen, wenn sich

---

1) Wach, Der Gerichtssaal, S.2
2) Stein-Jonas-Schönke, Anm.I 3 vor § 383; OLG Celle, NJW 1958,72 für den Parallelfall des Zeugnisverweigerungsrechts im Strafprozeß

der Zeuge zu Recht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht beruft[1]. Dieses Einrederecht ist, entsprechend der Zeugnispflicht als einer öffentlich-rechtlichen Pflicht, ebenfalls öffentlich-rechtlicher Natur[2].

Es ist daher unverzichtbar und kann durch private Abmachungen, insbesondere durch Vereinbarung einer Schweigepflicht, nicht begründet werden[3].

III. Die einzelnen Tatbestände berechtigter Zeugnisverweigerung

1. Die Zeugnisverweigerungspflicht des § 376 Abs.1 und 2 ZPO

§ 376 regelt u.a. die Amtsverschwiegenheit von Richtern, Beamten und anderen Personen des öffentlichen Dienstes (Abs.1), ferner der Mitglieder der Bundesregierung und der Landesregierungen (Abs.2). Diese Personen müssen auf Grund der für sie geltenden Sondergesetze (z.B. §§ 61, 62 BBG; §§ 6 II, 7 I BundesMinG) über alles, was unter ihr Amtsgeheimnis fällt, die Aussage verweigern, es sei denn, daß die vorgesetzte Dienstbehörde die Aussagegenehmigung erteilt. Es handelt sich deshalb in diesen Fällen nicht um ein Zeugnisverweigerungsrecht der genannten Personen, sondern um eine Zeugnisverweigerungs p f l i c h t[4].

---

1) Rosenberg, S.558; Stein-Jonas-Schönke, Anm.I 1 zu § 376; Kleinknecht-Müller-Reitberger, Anm.1 zu § 52, fassen das Zeugnisverweigerungsrecht als b e d i n g t e s B e w e i s v e r b o t auf, das wirksam wird, wenn der Zeuge von seinem Recht Gebrauch macht. Im Grunde ist somit nichts anderes gesagt. Macht der Zeuge sein Einrederecht geltend, ist das Gericht natürlich gehalten, dieses Recht zu respektieren. Insofern besteht ein "Beweisverbot", richtiger ein "Vernehmungsverbot"
2) Förster-Kaun, Anm.1 zu § 383
3) Rosenberg, S.559; OLG Celle, JW 1919.939 mit Anm.von Titze; OLG Nürnberg, BayJMBl 1954,66
4) Stein-Jonas-Schönke, Anm.I 1 zu § 376

Entsprechend besteht für diese Personen insoweit keine Aussagepflicht, solange sie nicht von ihrer Schweigepflicht entbunden sind. Es wäre widersinnig, hier gleichzeitig eine Aussage- und eine Schweigepflicht anzunehmen.

Daraus, daß keine Aussagepflicht besteht, folgt zwingend, daß auch kein Recht zur Aussageverweigerung bestehen kann. Die ZPO spricht hier auch nicht von einem Zeugnisverweigerungsrecht, das diesen Personen zustehe, sondern verweist insoweit auf besondere (z.B. beamtenrechtliche) Bestimmungen.

2. Zeugnisverweigerungsrechte, die nicht auf dem Gedanken der Zumutbarkeit beruhen

a) Das Zeugnisverweigerungsrecht des Bundespräsidenten

Der Bundespräsident ist gemäß § 376 IV berechtigt, das Zeugnis zu verweigern, "wenn die Ablegung des Zeugnisses dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteil bringen würde". Der Grund für dieses Zeugnisverweigerungsrecht ist das Staatswohl und die Staatssicherheit, die über die im Prozeß verfolgten Interessen gestellt werden. Verschiedene Interessen der Allgemeinheit, des Staates, stoßen hier aufeinander, wobei das Staatswohl und die Staatssicherheit über das Interesse gestellt werden, das die Allgemeinheit an einer richtigen Entscheidung im einzelnen Prozeß hat.

Mit dem Zumutbarkeitsgedanken hat dieses Zeugnisverweigerungsrecht des Bundespräsidenten nichts zu tun. Ihm wird dieses Recht nicht deswegen eingeräumt, weil er persönlich überfordert würde, wenn er trotzdem aussagen müßte. Die schutzwürdigen Interessen liegen außerhalb sei-

ner Person. Er hat hier nicht seine eigenen Interessen zu wahren, sondern auf Grund seiner Amtsstellung die des Staates.

b) Das Zeugnisverweigerungsrecht auf Grund beruflicher Verschwiegenheitspflicht

§ 383 I Nr.4 und 5 gibt jenen Personen ein Zeugnisverweigerungsrecht, die eine durch ihren Beruf begründete Pflicht zur Verschwiegenheit haben. Dazu gehören Abgeordnete (Art.47 GG und die Länderverfassungen), Schiedsrichter, Geistliche (§ 383 I Nr.4 ZPO), Ärzte, Hebammen, Anwälte, Notare u.a. (§ 383 I Nr.5 ZPO). Das Zeugnisverweigerungsrecht reicht jedoch nur soweit, wie die Pflicht zur Verschwiegenheit geht, und es entfällt ganz, wenn die betreffenden Personen von ihrer "Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind" (§ 385 II ZPO).

Auch dieses Zeugnisverweigerungsrecht beruht nicht auf dem Gedanken der Zumutbarkeit. Wie beim Zeugnisverweigerungsrecht des Bundespräsidenten ist auch hier das gesetzgeberische Motiv nicht der Schutz der betreffenden Personen vor übermäßiger Anforderung und zu starken Eingriffen in ihre Persönlichkeitssphäre; geschützt werden soll vielmehr die Ausübung der ihnen obliegenden Funktionen und Berufe. Allen diesen Personen ist gemeinsam, daß sie Tätigkeiten ausüben, die für die Allgemeinheit von besonderem Interesse sind, und daß sie sie nur dann sinn- und zweckvoll verrichten können, wenn sie die Kenntnisse, die sie dabei erlangen, nicht weitergeben [1]. Am besten zeigt sich dies beim Arzt und beim Geistlichen. Um den Menschen helfen zu können, die ihren Beistand brauchen, müssen sie oft Kenntnis von ganz persönlichen Angelegenheiten erhalten. Sie müssen

1) Löffler, NJW 1958,1215: "Entscheidend für die Privilegierung ist die öffentliche Vertrauensstellung der soziologisch wichtigen Berufe"

mit dem Patienten oder dem Ratsuchenden in ein Vertrauensverhältnis kommen. Voraussetzung dafür ist jedoch die Gewißheit, daß der Arzt oder Geistliche die ihm anvertrauten Nöte und Sorgen nicht weiterträgt. Deshalb obliegt diesen Personen auch allgemein eine Schweigepflicht hinsichtlich der Tatsachen, die sie in ihrem Beruf erfahren.

Diese Gewißheit der Geheimhaltung muß aber auch für den Fall eines Prozesses bestehen, daher das Zeugnisverweigerungsrecht für diese Personen. Gesetzesgrund und -zweck dieses Zeugnisverweigerungsrechts ist daher die Erhaltung des beruflichen Vertrauensverhältnisses durch das Achten der Schweigepflicht, nicht aber geht es darum, solche Interessen, die in der Person des Zeugen begründet sind, zu schützen. Deshalb müssen diese Personen auch aussagen, wenn sie von ihrer Schweigepflicht entbunden werden[1].

3. Zeugnisverweigerung wegen Unzumutbarkeit der Aussage

a) Die zumutbarkeitsrechtliche Komponente dieser Zeugnisverweigerungsrechte

Während in den bisher behandelten Fällen entweder für den Zeugen von vornherein keine Aussagepflicht bestand (§ 376 I), oder ihm ein Weigerungsrecht wegen überwiegender Interessen der Allgemeinheit zuerkannt wurde, ist der Grund für die Statuierung der Zeugnisverweigerungsrechte der §§ 383 I Nr.1-3, 384 ein ganz anderer: die Zwangslage, in die ein Zeuge gerät, der durch eine wahre Aussage eigene - ideelle oder materielle - Interessen verletzen oder gefährden müßte. Immer wieder wird die Pflicht zur Wahrheit mit persönlichen Belangen des Zeugen in Kollision kommen, z.B. wenn er sich

---

1) Eine Ausnahme besteht für katholische Geistliche auf Grund Art.9 des Reichskonkordats vom 20.7.1933; für evangelische Geistliche gilt dies entsprechend; LG Fulda, SJZ 1950,826

selbst oder einen nahen Angehörigen einer Straftat oder einer unehrenhaften Handlung bezichtigen müßte. Hier ist es nötig, die Anforderungen an den Zeugen auf ein tragbares Maß zu beschränken. "Es gilt, den Bürger in dem geschaffenen Dilemma nicht über seine Kräfte zu versuchen und ihm nicht unerträgliche Lasten aufzubürden" [1]. Es geht, mit anderen Worten, um die Verwirklichung des Rechtsprinzips der Zumutbarkeit im Rahmen der Zeugnispflicht, indem dem Zeugen das Recht zugestanden wird, in schweren Kollisionsfällen das Zeugnis zu verweigern.

b) Die rechtspolitische Komponente dieser Zeugnisverweigerungsrechte

Mit der Gewährung eines Zeugnisverweigerungsrechts in den genannten Fällen verfolgt der Gesetzgeber auch noch einen rechtspolitischen Zweck, der mit dem Zumutbarkeitsgedanken eng zusammenhängt: die Verhinderung falscher Aussagen [2].

Der Zeuge, von dem man trotz der Zwangslage, in der er sich befindet, eine Aussage verlangte, wäre leicht versucht, einen Ausweg aus diesem Dilemma zwischen Aussagepflicht und Wahrung eigener Interessen zu finden: die f a l s c h e Aussage! Die Erfahrung zeigt, daß Gesetze, die den Menschen überfordern, sich nicht durchsetzen können; sie werden nicht befolgt, auch wenn drastische Strafen für den Fall der Gesetzesverletzung angedroht sind. Berücksichtigt man die grundsätzliche Fragwürdigkeit des Wertes des Zeugenbeweises, des "nach Kenntnis jedes Erfahrenen schlechtesten Beweises" [3], könnte einer Aussage, die in einer derartigen Zwangslage gemacht würde, kein hoher Beweiswert beigemessen werden [4]; sie

1) Wach, Der Gerichtssaal, S.2
2) v.Godin, SJZ 1949,65
3) Wach, JW 1918,797
4) Bosch, SJZ 1947, S.321; OLG Hamburg, NJW 1953,1873

wäre für das Gericht praktisch wertlos. Damit wäre aber der Wahrheitsfindung im Prozeß wenig gedient.

c) Die zwei Gruppen der Zeugnisverweigerungsrechte wegen Unzumutbarkeit

Die Zeugnisverweigerungsrechte wegen Unzumutbarkeit kann man in zwei Gruppen einteilen:

aa) Die absoluten Zeugnisverweigerungsrechte

Hierunter fallen die Zeugnisverweigerungsrechte des § 383 Abs.1 Nr.1 bis 3. Sie berechtigen den Zeugen stets zur Aussageverweigerung, wenn er zu einer der Prozeßparteien in einem bestimmten (nahen) familienrechtlichen Verhältnis steht. Das Gericht muß die betreffenden Personen über dieses Recht ausdrücklich belehren (§ 383 Abs.2).

Der Grund für die Einführung dieser absoluten Zeugnisverweigerungsrechte ist das durch die Bande der Familie geschaffene persönliche Verhältnis zwischen dem Zeugen und einer Prozeßpartei [1]. Der natürliche Trieb, seinem Angehörigen zu helfen, wird den Zeugen in einen Konflikt mit der Wahrheitspflicht und damit den Interessen der Allgemeinheit bringen, wenn er mit seinen Aussagen seinen Angehörigen belasten müßte. Dieser Konflikt soll ihm erspart bleiben. Der Zeuge wäre überfordert, verlangte man von ihm in dieser Situation, sich für die Wahrheit und gegen seinen Verwandten zu entscheiden. Einen Zeugen zu einer Aussage gegen einen nahen Angehörigen zu zwingen, wäre "wider die Natur und das sittliche Empfinden" [2].

Der Gedanke der Zumutbarkeit, der hierin zum Ausdruck kommt, ist in diesen Fällen jedoch generalisiert. Die absoluten Zeugnisverweigerungsrechte

---

1) Stein-Jonas-Schönke, Anm.II zu § 383
2) Wach, Der Gerichtssaal, S.6

werden allein auf Grund des bestehenden persönlichen Verhältnisses gewährt, unabhängig davon, ob bei dem Zeugen im konkreten Fall im Hinblick auf widerstreitende Interessen und Pflichten eine als solche empfundene innere Zwangslage besteht, die der Anlaß für den Zeugen ist, im Prozeß die Aussage zu verweigern. Es wird nicht auf den Einzelfall, die Individualität des einzelnen abgestellt [1].

Der BGH [2] meint, diese Absolutierung der Zeugnisverweigerungsrechte für nahe Angehörige einer Prozeßpartei rechtfertige sich aus der "äußeren Konfliktsituation", in die sie die familiären Beziehungen des Zeugen stellten. Dagegen ist EB. SCHMIDT [3] der Auffassung, daß Gesetz stelle hier nur auf Grund alter forensischer Erfahrung die Möglichkeit von Konfliktslagen in Rechnung und spreche das Zeugnisverweigerungsrecht objektiv bestimmten Personengruppen zu, bei denen auf Grund eben jener Erfahrungen normal mit jener Konfliktsituation zu rechnen sei.

Der entscheidende Grund ist jedoch darin zu sehen, daß diese generalisierende Ausgestaltung des Zeugnisverweigerungsrechtes nötig ist, den Zweck dieses Rechtsinstituts zu erreichen. Wollte man dem Zeugen hier ein Weigerungsrecht nur dann zugesehen, wenn seine wahrheitsgemäße Aussage für seinen Angehörigen tatsächlich ungünstig wäre, dann führte dies dazu, daß der Zeuge noch mit seiner Weigerung zur Aussage seinen Angehörigen belastete. Die Konfliktsituation wäre dann nicht beseitigt, denn nun träte an den Zeugen die Versuchung heran, eine Benachteiligung seines Familienangehörigen dadurch zu verhindern, daß er seine Aussage verfälscht.

---

1 Eine Parallele hierzu findet sich bei den gesetzlich normierten strafrechtlichen Entschuldigungsgründen, vergl. oben S. 22
2) GSSt, NJW 1959, 445
3) Kritische Bemerkungen zu dem Beschluß des großen Senats für Strafsachen vom 8.12.1958, betreffend das Untersuchungsverweigerungsrecht nach StPO § 81 c. JR 1959,369

bb) Die relativen Zeugnisverweigerungsrechte

Diese Zeugnisverweigerungsrechte sind in § 384 Nr.1-3 geregelt. Sie berechtigen den Zeugen nicht dazu, sein Zeugnis im Prozeß generell zu verweigern. Die Aussageverweigerung ist beschränkt auf einzelne Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen nicht zuzumuten wäre, weil er sonst erhebliche eigene Interessen gefährden oder verletzen könnte. Der Zeuge muß hier seine Konfliktslage dartun, indem er einen der vorgesehenen Weigerungsgründe glaubhaft macht. Im übrigen bleibt die Pflicht zur Aussage bestehen.

Ein solches Zeugnisverweigerungsrecht ist gegeben
1. bei Verursachung eines unmittelbaren, vermögensrechtlichen Schadens; § 384 Nr.1
2. bei Gefahr der Unehre oder strafrechtlicher Verfolgung; § 384 Nr.2
3. bei Verletzung eines Kunst- oder Gewerbegeheimnisses; § 384 Nr.3.

Zu 1:

Das RG [1] vertrat die Auffassung, der Zeuge sei zur Aussageverweigerung berechtigt, wenn durch eine wahre Aussage ein Anspruch gegen ihn "begründet" werde und insofern seine Vermögenslage sich verschlechtere. Dagegen soll der Umstand, daß die Aussage die Geltendmachung eines Anspruchs erleichtere, das Zeugnisverweigerungsrecht des § 384 Nr.1 nicht begründen.

Wollte man mit dieser Auslegung des Gesetzes Ernst machen, dann wäre § 384 Nr.1 völlig bedeutungslos. Begrifflich ist es unmöglich, daß durch eine Zeugenaussage, die Bekundung von Tatsachen, eine Forderung begründet wird. Die Aussage kann nur Tatsachen dartun, aus denen sich ergibt, daß eine Forderung besteht oder nicht besteht.

---

1) RGZ 32,381; ihm schlossen sich die Oberlandesgerichte an: KG JW 1925, 1527; OLG Kassel, OLGE 21,83; OLG Rostock, OLGE 35,87

Auszugehen ist vielmehr vom Sinn und Zweck des Gesetzes: dem Zeugen soll die Zwangssituation erspart bleiben, sich zwischen der ihm obliegenden Pflicht zur Wahrheit und seinem natürlichen Bestreben, seine eigenen vermögensrechtlichen Interessen zu wahren und sich nicht selbst zu schaden, entscheiden zu müssen. Es wäre zuviel verlangt, wollte man von ihm erwarten, daß er einem anderen selbst die Handhabe dafür gibt, gegen ihn einen Anspruch durchzusetzen oder einen Anspruch des Zeugen zu Fall zu bringen. Daraus folgt, daß ein Zeugnisverweigerungsrecht für den Zeugen immer dann besteht, wenn sich aus seiner Antwort ergäbe, daß er einer der Parteien oder einem Dritten verhaftet ist, oder - umgekehrt -, daß eine der Parteien oder ein Dritter entgegen der bisherigen Annahme ihm nicht verhaftet ist [1]. Daher kann das Zeugnis auch schon dann verweigert werden, wenn infolge der Aussage die Durchsetzung eines möglicherweise gegen ihn bestehenden Anspruchs erleichtert würde [2].

Dem Zeugen steht jedoch kein Zeugnisverweigerungsrecht zu, wenn ihm nur m i t t e l b a r ein Schaden droht, z.B. weil er infolge der Aussage geschäftliche Nachteile erleiden kann [3]. Deshalb kann auch der Gesellschafter einer GmbH oder einer AG das Zeugnis nicht mit der Begründung verweigern, dadurch werde die Gesellschaft benachteiligt [4].

Daß der Zeuge in gleicher Weise die vermögensrechtlichen Interessen eines nahen Angehörigen wahren darf, folgt aus den gleichen Gründen, aus denen die oben behandelten absoluten Zeugnisverweigerungsrechte gewährt werden.

---

1) Wieczorek, Anm.B II b 1 zu § 384
2) OLG Celle, NJW 1953,426; Baumbach, Anm.2 zu § 384; Stein-Jonas-Schönke, Anm.I 1 zu § 384; Seuffert-Walsmann, Anm.1 zu § 384
3) OLG Dresden, JW 1930,767; Stein-Jonas-Schönke, aaO
4) Wieczorek, aaO

Zu 2:

a) Die Gefahr der Unehre

Um sagen zu können, wann die Gefahr der Unehre im Einzelfall gegeben ist, müssen wir zunächst klären, was unter dem Begriff "Unehre" in § 384 Nr.2 zu verstehen ist.

Bei der Frage nach der Ehre geht es um die Frage der Geltung und Anerkennung des einzelnen in der Gesellschaft, im sozialen Raum. Die Anerkennung ist dabei bezogen auf den Wert, den der einzelne hat. Dieser Wert bemißt sich nach dem Wert, den der einzelne auf Grund seines "Menschseins", der ihm eigenen Würde als Mensch hat und seinem sozial-ethischen Wert, der ihm gemäß seiner sittlichen Haltung und der Erfüllung seiner Aufgaben innerhalb der Gemeinschaft zukommt. Ehre ist daher die Anerkennung des Menschen, die ihm auf Grund seines Wertes zukommt, auf die er Anspruch hat [1].

Der Vorschrift des § 384 Nr.2 liegt jedoch nicht dieser wertbezogene Ehrbegriff zugrunde; denn sonst käme dieser Vorschrift überhaupt keine Bedeutung zu. Durch eine wahrheitsgemäße Aussage kann die Ehre in diesem Sinne nicht verletzt werden. Muß eine Frau auf die dahingehende Frage einräumen, daß sie Ehebruch getrieben hat, so wird dadurch nicht ihr Anspruch auf Geltung in der Gesellschaft beeinträchtigt; es zeigt sich nur, daß ein solcher Anspruch nicht begründet ist.

Ehre im Sinne des § 384 Nr.2 ist vielmehr als soziologisches Faktum aufzufassen, als die tatsächliche Geltung, die der einzelne - zu Recht oder nicht - bei seinen Mitmenschen genießt, der "gute Ruf". Die Gefahr der "Unehre" ist daher dann gegeben, wenn das Ansehen des Zeugen durch seine

---

1) Nagler, Leipz.Komm., Vorb.I zu § 185; Sauer, Gerechtigkeit, S.19,20; Welzel, Strafrecht, S.239

Aussage gefährdet erscheint. Es geht nicht um den Schutz der Ehre, sondern darum, den einzelnen davor zu bewahren, sich selbst in ein schlechtes Licht setzen zu müssen [1].

Daraus, daß § 384 Nr.2 unter Ehre den guten Ruf versteht, ergibt sich, daß der Zeuge alle die Fragen nicht zu beantworten braucht, deren Beantwortung diesen Ruf gefährden könnten. Hierbei ist es gleichgültig, wie die Frage vom Zeugen wahrheitsgemäß beantwortet werden müßte: auch wenn er z.B. die Frage, ob er Ehebruch getrieben habe, verneinen könnte, ist er zur Aussageverweigerung berechtigt. Andernfalls wäre aus der Aussageverweigerung klar zu erkennen, daß der Zeuge die unehrenhafte Handlung tatsächlich begangen hat, denn nur dann hätte er ja ein Zeugnisverweigerungsrecht. Dieses wäre damit illusorisch [2].

b) Die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung

Der Zeuge kann die Antwort auf eine Frage des Richters verweigen, wenn er andernfalls Gefahr liefe, strafrechtlich verfolgt zu werden. Der Begriff "strafgerichtliche Verfolgung", den das Gesetz gebraucht, ist dabei weit auszulegen. Es ist nicht nötig, daß eine Verurteilung zu erwarten wäre, wenn der Zeuge wahrheitsgemäß die Frage beantwortete. Es genügt schon, daß er auf Grund seiner Aussage mit einem strafgerichtlichen Verfahren zu rechnen hätte, wobei jede, auch die bloß entfernte Möglichkeit einer strafgerichtlichen Verfolgung zur Zeugnisverweigerung berechtigt, z.B. wenn sich aus der Aussage die Zulässigkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens ergäbe [3].

---

1) Baumbach, Anm.2 zu § 384; Herabsetzung des Ansehens des Zeugen genügt; Frankenberger, JW 1931,2043: Schutz vor Schande; a.A. Stein-Jonas-Schönke, Anm.I 2 zu § 384 und Wach, Der Gerichtssaal, S.5, die unter Ehre hier "die Anerkennung des sittlichen Wertes" verstehen. Durch die Beantwortung einer Frage kann der wirkliche, sittliche Wert aber nicht beeinträchtigt werden, sondern nur der scheinbare sittliche Wert, der Schein nach außen

2) RG, Warn 1920 Nr.212; HRR 1933 Nr.539; BGH MDR 1958,413 mit Anm.von Pohle: Wach, Der Gerichtssaal, S.8

3) Peters, Strafprozeß, 1952, S.272; RGSt 23,133; RG JW 1912.473

Auch daß eine Aussage die Durchführung eines Strafverfahrens erleichtern würde, reicht schon zur Verweigerung aus [1].

Der Zweck dieser relativen Zeugnisverweigerungsrechte ist es, einen Gewissenskonflikt in der Person des Zeugen zu verhindern, einen Konflikt zwischen der ihm obliegenden Wahrheitspflicht und der Selbstschädigung durch eine nachteilige Aussage [2].

Sie fußen auf dem elementaren Grundsatz aller zivilisierten Rechtsordnungen, daß niemand gezwungen werden darf, Zeugnis wider sich selbst abzulegen [3]. Dieser Grundsatz trägt der Natur des Menschen Rechnung, deren Selbsterhaltungstrieb auf die Wahrung der eigenen , lebensnotwendigen Interessen gerichtet ist. Es handelt sich dabei um einen Urtrieb des Menschen, dessen Mißachtung wider die Natur und damit eine Überforderung des Menschen wäre.

d) Die Fälle gesteigerter Zeugnispflicht

Die Ausnahmen von der Zeugnispflicht, die die §§ 383 I Nr.1-3, 384 Nr.1 statuieren,durchbricht § 385 I wieder zum Teil. Das Gesetz stellt hier für ganz bestimmte Fälle eine gesteigerte Zeugnispflicht auf, die einen Zeugen auch dann zur Aussage verpflichtet, wenn er zu einer der Parteien verwandt ist, oder er durch seine Aussage eigene, vermögensrechtliche Interessen oder solche eines nahen Verwandten gefährdet. Es handelt sich dabei um solche Tatbestände, in denen das Wissen des Zeugen für die Aufklärung des Sachverhalts nicht entbehrt werden kann, weil in der

---

1) RGSt 53,42
2) OLG Celle, NJW 1953,426
3) Nathan, Anm. zum Urteil des OLG Dresden, NJ 1949,66; Wach, Der Gerichtssaal, S.8

Regel gerade diese Beziehung des Zeugen der Grund für sein Wissen ist[1]. Der Zeuge ist dem zu bekundenden Vorgang besonders "nahe"; würde ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden, wäre es vielfach unmöglich, den Sachverhalt überhaupt aufzuklären[2].

Diese "Gegenausnahme" des § 385 I ZPO ist für die vorliegende Untersuchung deswegen sehr aufschlußreich, zeigt sie doch eine verschiedene Bewertung materieller und ideller Werte durch das Gesetz. Während einem Zeugen zugemutet wird, in den Fällen erhöhter Pflichtigkeit eigene finanzielle Interessen oder solche naher Verwandter zurückzustellen, wird von ihm nie eine Aussage verlangt, die ihm oder einem nahen Angehörigen zur Unehre gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde. Dieser Wertung liegt die zutreffende Überlegung zugrunde, daß Ansehen, soziale Geltung, Unbescholtenheit und Freiheit wertvollere Güter sind als Geld. Ein finanzieller Verlust kann wieder ausgeglichen werden, der Verlust der anderen Güter dagegen in der Regel nicht.

---

1) Nikisch, Lehrbuch, S.349
2) Baur, Anm.zum Urteil des OLG Köln, KddR, 1955 - 51 - 814 zu § 385 Nr.4 ZPO

§ 3

Die Duldungspflicht des § 372a ZPO

Vorbemerkung

§ 372a ist ein Beispiel dafür, wie die Fortschritte, die die Wissenschaft auf anderen Gebieten macht, die Rechtsentwicklung beeinflussen. In den letzten Jahrzehnten hat die medizinische Wissenschaft in der Erbforschung bedeutende neue Erkenntnisse errungen. Sie hat neue Methoden wie die Blutgruppen- und Ähnlichkeitsuntersuchung entwikkelt, die es in vielen Fällen ermöglichen, die Abstammung eines Menschen wissenschaftlich zu klären. Durch § 372a werden diese Erkenntnisse der ärztlichen Forschung und Praxis der Rechtsfindung nutzbar gemacht. Der Gesetzgeber begründet hier für jeden die Pflicht, sich in einem Zivilprozeß, der der Feststellung der Abstammung einer Person dient, solchen erbkundlichen Untersuchungen zu unterwerfen. In diesem Zusammenhang begegnet uns wieder der Zumutbarkeitsgedanke, und zwar diesmal augenfällig. Der Gesetzgeber nimmt nämlich ausdrücklich auf das Zumutbarkeitsprinzip Bezug, indem er bestimmt, daß die Duldungspflicht - u.a. - nur dann besteht, "soweit die Untersuchung dem zu Untersuchenden zugemutet werden kann".

I. Kurzer geschichtlicher Überblick und Vergleich mit der StPO

1. Geschichte

a) Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung vor der gesetzlichen Regelung

Schon vor der gesetzlichen Normierung einer Pflicht zur Duldung von Untersuchungen wurde in der Wissenschaft die Auffassung vertreten, daß eine solche Pflicht im Zivilprozeß bestehe. SPERL [1] sah darin einen Ausfluß der allgemeinen Zeugnispflicht, die sich auch auf die "Abgabe von Blut" erstrecke. Jeder Mensch sei als Mitglied der staatlichen Rechtsgenossenschaft verpflichtet, an den genossenschaftlichen Einrichtungen, in diesem Falle dem Prozeß, mitzuwirken. Wer sich weigere, verhindere die Wahrheitsfindung, vereitle das Recht und begehe damit Schikane. Ein Weigerungsrecht erkannte er dem Betroffenen dann zu, wenn höher zu bewertende Interessen in der Person des Zeugen bedroht seien. Dagegen verneinte er eine entsprechende Pflicht für die Partei, da sie nicht zur Mithilfe am Beweis des Gegners gezwungen werden könne.

Nach anderer Ansicht war es j e d e r m a n n nach Treu und Glauben zuzumuten, "ohne Schmerz und ohne Gefahr ein paar Tropfen Blut zur Verfügung zu stellen, wenn auf der anderen Seite Interessen von der angedeuteten Tragweite (Vereitelung der Wahrheitsfindung, wirtschaftlicher Ruin eines Mannes, der unschuldig bezahlt) auf dem Spiele stehen" [2].

Die Rechtsprechung verneinte jedoch eine Pflicht

---

1) DJZ 1927, S.1523 ff
2) Caro, Anm.z.Urt.d.KG JW 1930, S.1605

zur Duldung der Blutentnahme[1], obwohl die Blutgruppenuntersuchung als geeignetes und zulässiges Beweismittel angesehen wurde[2].

b) Art. III § 9 Gesetz vom 12.4.1938

Durch Art.III § 9 des Gesetzes über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften vom 12.4.1938[3] wurde erstmals die Pflicht zur Duldung von erb- und rassekundlichen Untersuchungen, insbesondere zur Entnahme von Blutproben, positiv-rechtlich statuiert. Die Pflicht bestand für Parteien und Zeugen in familienrechtlichen, nicht aber in vermögensrechtlichen Streitigkeiten[4]. Der Duldungspflichtige konnte die Untersuchung nur wegen eines t r i f t i g e n G r u n d e s verweigern. Als triftiger Grund galt z.B. die Gefahr gesundheitlicher Schädigung[5], nicht jedoch die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung für sich selbst oder einen nahen Angehörigen, "da sonst der Zweck der Bestimmung vereitelt würde"[6].

c) Art. 4 § 7 VO vom 6.2.1943

Durch Art.4 § 7 der VO über die Angleichung familienrechtlicher Vorschriften vom 6.2.1943[7] wurde Art.III § 9 Gesetz 1938 geändert. Die Pflicht wurde allgemein für "einen Rechtsstreit oder ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit" aufge-

---

1) RG JW 1929, S.2291 mit zust.Anm.von Opet
2) RG JW 1936,259; ebenso Hellwig, JR 1931,73; Stein-Jonas, Anm.III 1 vor § 371; KG JW 1930, S.1605
3) RGBl S.380
4) Maßfäller, JW 1938, S.1281; Weber, DJ 1939, S.1264 ff; a.A. Seibert, ZAkDR 1938, S.553
5) Weber, aaO
6) OLG Düsseldorf, JW 1939, S.488; ebenso RGZ 169,225 unter Berufung auf die volkspolitische Bedeutung der Klärung der Abstammungsverhältnisse, der gegenüber persönliche Belange der Beteiligten zurückstehen müßten
7) RGBl S.80

stellt und auf "Parteien, Beteiligte und Zeugen, erforderlichenfalls deren Eltern und Großeltern" ausgedehnt. Die Untersuchung konnte weiterhin aus einem triftigen Grund verweigert werden. Als solcher galt jedoch die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung ausdrücklich nicht.

d) Weitergeltung dieser Bestimmung nach 1945

In den westlichen Besatzungszonen wurde diese Bestimmung auch nach dem Zusammenbruch von 1945 - weil nicht typisch nationalsozialistischen Gehalts - als gültig angesehen[1]. In der britischen Zone wurde sie durch VO vom 17.6.1947[2] in die ZPO übernommen, indem ein § 372a den Vorschriften über den Augenscheinbeweis angefügt wurde.

Dagegen beschlossen die Justizminister der sowjetischen Besatzungszone 1948, daß Art.4 § 7 VO 1943 wegen des nationalsozialistischen Gehalts der Bestimmung nicht mehr anzuwenden sei. An seine Stelle sollte wieder Art.III § 9 Gesetz 1938 treten, der als Ausfluß einer den Fortschritten der medizinischen Wissenschaft folgenden Rechtsentwicklung gewertet und der, unter Weglassung der Worte "und Rasse" in Abs.1 für geltendes Recht erklärt wurde[3].

2. Vergleich mit der StPO

Die StPO kennt gleichfalls die Pflicht, Untersuchungen zur Feststellung der Abstammung zu dulden. Der Umfang der Pflicht hängt jedoch davon ab, ob sich die Untersuchung gegen einen Beschuldigten oder gegen eine andere Person richtet. Im

1) OLG Hessen, DRZ 1948,396 m.zust.Anm.v.Schönke; OLG Schleswig, SchlAA 1949,345; LG Ravensburg, Unsere Jugend 1950,73; Bosch, SJZ 1947,315; vgl. auch d.Ausführungen d.Rechtsunterausschusses der britischen Zone, SchlHA 1946,305
2) VOBl BrZ, S.93
3) Vgl. OLG Dresden, NJ 1949,66; Nathan, NJW 1950,12

letzteren Fall ist die Duldungspflicht gegenüber der Regelung des § 372a erheblich eingeschränkt[1].

a) Duldungspflicht des Beschuldigten: § 81a StPO

Der Beschuldigte hat körperliche Untersuchungen sowie die Entnahme von Blutproben und andere körperliche Eingriffe zu dulden, wenn sie erforderlich sind, Tatsachen festzustellen, die für das Verfahren von Bedeutung sind. Die einzigen Beschränkungen sind, daß die Eingriffe von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommen werden müssen und keine gesundheitlichen Nachteile für den Beschuldigten haben dürfen.

b) Duldungspflicht dritter Personen: § 81c StPO

Andere Personen als Beschuldigte brauchen Untersuchungen zur Feststellung der Abstammung und die Entnahme von Blutproben nur zu dulden,"wenn kein Nachteil für ihre Gesundheit zu befürchten und die Maßnahme zur Erforschung der Wahrheit unerläßlich ist" (§ 81c II, S.1). Aus persönlichen Gründen können sie die Untersuchung im gleichen Umfang wie das Zeugnis verweigern (§ 81c II, S.3 i.V.m. I, S.2 StPO). Darüber hinaus ist als weiteres Regulativ zugunsten des zu Untersuchenden das Zumutbarkeitsprinzip in die Regelung eingebaut: die Untersuchung ist unzulässig, wenn sie dem Betroffenen bei Würdigung aller Umstände nicht zugemutet werden kann (§ 81c II S.3 i.V.m. I S.3 StPO).

---

1) Vgl. hierzu Dünnebier, Anm.z.Urteil des OLG München in JZ 1952,427

II. Das Wesen des Beweises nach § 372a ZPO

Aus der systematischen Stellung der Vorschrift ist zu schließen, daß es sich bei der Feststellung der Abstammung durch erbkundliche Untersuchungen um einen Augenscheinbeweis handelt, da § 372a in den 6.Titel "Beweis durch Augenschein" eingegliedert wurde. Dies trifft jedoch nur zum Teil zu. Der Beweis nach § 372a stellt vielmehr eine Verbindung von Augenschein- und Sachverständigenbeweis dar[1].

1. Augenscheinseinnahme

Zunächst geht es bei dem Beweis darum, bestimmte Merkmale - sei es des Blutes der Beteiligten oder ihrer Körper - festzustellen. Es handelt sich somit um die "Aufdeckung objektiver Spuren"[2]. Allerdings nimmt der Richter den Augenschein nicht selbst ein. Weil ihm die nötigen Fachkenntnisse fehlen, muß er sich eines "Gehilfen" bedienen, der für ihn die Feststellungen trifft. Dies ändert jedoch nichts an der Qualifizierung des Beweises als Augenscheinsbeweis. § 372 sieht die Zuziehung von Sachverständigen bei der Einnahme des Augenscheins vor, woraus mit Recht gefolgert wird, daß die Augenscheinseinnahme auch ganz dem Sachverständigen überlassen werden kann[3].

---

1) Schönke-Schröder-Niese, S.278; BGH JZ 1952,654; Lent, ZZP 60,34 ff; Rosenberg, S.551

2) Dagegen verfolgt der Zeugenbeweis die "subjektive Spur": Bruns, JZ 1957, 489

3) Bruns, JZ 1957,489; Nikisch, S.353; Stein-Jonas-Schönke, Vorbem.II vor § 371 und II 2 vor § 402

2. Sachverständigenbeweis

Der Sachverständige hat sich aber nicht nur als Vertreter des Richters über die Blutbeschaffenheit und die Körpermerkmale der Beteiligten zu informieren; er soll in seinem Gutachten auch die Schlußfolgerungen aus der vergleichenden Gegenüberstellung dieser Merkmale hinsichtlich der Abstammung der betreffenden Person ziehen. Insoweit handelt es sich um einen Sachverständigenbeweis nach §§ 408 ff.

III. § 372a und sein Verhältnis zu den geltenden Prozeßrechtsgrundsätzen

1. Der Verhandlungsgrundsatz

Der Verhandlungsgrundsatz bestimmt heute noch, wenn auch vielfach durchbrochen und abgeschwächt, unseren Zivilprozeß [1]. In verschiedenen Fällen gilt jedoch die reine Inquisitionsmaxime; so in Rechtsstreiten über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Eltern- und Kindschaftsverhältnisses (§ 640 Abs.1). Geht man davon aus, daß die Duldungspflicht des § 372a nur in solchen Prozessen besteht, deren Gegenstand die Feststellung der Abstammung einer Person ist [2], bleibt als Verfahren, in dem Verhandlungsmaxime und Duldungspflicht nach § 372a zusammentreffen können, nur noch der Zahlvaterschaftsprozeß (§ 1717 BGB).

---

1) Nikisch, S.192; Boehmer, Grundlagen I, S.112 ff; Schönke-Schröder-Niese, S.43. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß der Zug der Reform zum Inquisitionsprozeß geht, der mehr dem deutschen Volkscharakter entspricht: Less, Vom Wesen und Wert des Richterrechts, S.88 Anm.155 unter Hinweis auf die widerstandslose Hinnahme des Duldungszwangs der Blutentnahme nach § 372a, der sich in den angelsächsischen Ländern nicht durchsetzen konnte.

2) Vergl. S.77 ff

Der Verhandlungsgrundsatz besagt, daß es allein Sache der Prozeßparteien ist, durch ihre Erklärungen und Beweisanträge dem Gericht die Unterlagen für eine Entscheidung zu verschaffen. "Der Richter darf die Wahrheit nicht erforschen" [1]. Der Verhandlungsgrundsatz kann demnach in zwei Richtungen durchbrochen werden:

a) indem der Richter neuen Tatsachenstoff in den Prozeß einführt,
b) indem er über nicht erwiesene Parteibehauptungen von sich aus Beweis erhebt.

§ 372a ermöglicht es dem Richter nicht, neue Tatsachen in den Prozeß einzuführen, denn die erbkundlichen Untersuchungen dienen nur der Feststellung,ob die von den Parteien aufgestellten Behauptungen zutreffen.

Da der Beweis nach § 372a Augenscheinsbeweis ist, kann jedoch der Richter von sich aus - nach seinem pflichtgemäßen Ermessen - ein erbkundliches Gutachten einholen (§ 144 Abs.1). Die die anderen Beweismittel - mit Ausnahme des Zeugenbeweises - ist auch der Beweis nach § 372a der Disposition des Richters überlassen. Hier wird die Verhandlungsmaxime durchbrochen.

2. Der Konzentrationsgrundsatz

a) Durchbrechung wegen der Subsidiarität des Beweises nach § 372a ZPO

Ein anderer, wichtiger Grundsatz des Zivilprozeßrechts ist der Konzentrationsgrundsatz [2]. Das Gesetz sucht eine möglichst rasche Abwicklung des Prozesses zu erreichen durch Konzentration der

---

1) Nikisch, S.192
2) Seine Durchsetzung - nach dem Vorbild der österreichischen ZPO - war vor allem das Ziel der Novellen vom 12.2.1924 und 27.10.1933; vergl. Einl. zur Novelle 1933,IV (RGBl I 780)

Behauptungen [1]. Der Rechtsstreit soll möglichst in einer mündlichen Verhandlung erledigt werden. Das wichtigste Hilfsmittel dafür ist das durch § 272b ZPO eingeführte Vorverfahren, das es dem Richter ermöglicht, schon vor der mündlichen Verhandlung in weitem Umfang tätig zu werden zur Aufklärung des Sachverhaltes [2].

Dieses Streben des Gesetzes, den Rechtsstreit möglichst in einer mündlichen Verhandlung zu erledigen, läßt sich in einem Prozeß, in dem ein Beweis gemäß § 372a erhoben werden muß, praktisch nie erfüllen. Ein erbkundliches Gutachten kann nur eingeholt werden, wenn die anderen Beweise ausgeschöpft sind [3]. Dazu kommt, daß oftmals mehrere Gutachten eingeholt werden müssen, bis der Beweis geführt ist. Diese Umstände führen zwangsläufig dazu, daß Rechtsstreite über Abstammungsverhältnisse in der Regel sehr langwierig sind.

b) Unterbrechung des Verfahrens zwecks Einholung eines erbbiologischen Gutachtens

Ein besonderes Problem ist in diesem Zusammenhang die Unterbrechung des Verfahrens zwecks Einholung eines e r b b i o l o g i s c h e n Gutachtens.

Die erbbiologische Untersuchung verspricht nur dann Erfolg, wenn das zu untersuchende Kind ein gewisses Alter erreicht hat [4]. Erst dann sind die Merkmale, auf die sich die Untersuchung stützt, genügend ausgebildet.

In der Regel werden aber die Prozesse schon wesentlich früher angestrengt, weil sonst Unter-

---

1) Rosenberg, S.258
2) Vergl. Baur, ZZP 66,208 ff
3) Vergl. S.84
4) 2 Jahre: BGHZ 7,116
   3 Jahre: BGH FamRZ, 1958,96; Stein-Jonas-Schönke-Pahle, Anm.I N 1a zu § 356
   4 Jahre: OLG Hamm FamRZ 1956,119 mit zust.Anm. von Lent; OLG Karlsruhe FamRZ 1958,335

haltsansprüche verloren gehen, wichtige Zeugen nicht mehr greifbar wären, oder die Anfechtungsfrist des § 1594 BGB versäumt würde. Wie ist dieser Konflikt zwischen dem Interesse an einer richtigen und dem an einer raschen Entscheidung zu lösen?

Literatur und Rechtsprechung sind fast einhellig der Meinung, daß in diesen Fällen die Möglichkeit gegeben sein muß, den Prozeß so lange aufzuschieben, bis die Untersuchung durchgeführt werden kann [1]. Über die gesetzliche Grundlage und den prozessualen Charakter dieser Maßnahme gehen die Auffassungen jedoch auseinander.

aa) Nach der einen Ansicht kann das Gericht einen gewöhnlichen Beweisbeschluß erlassen, der erst nach der entsprechenden Zeit auszuführen ist [2].

So bestechend einfach diese Lösung erscheint, sie steht nicht in Einklang mit dem Gesetz. Aus den Vorschriften der ZPO über die Durchführung der Beweisaufnahme ist zu schließen, daß die Beweisaufnahme umgehend durchgeführt werden muß. Soweit das Gesetz nämlich ganz beschränkt Ausnahmen zuläßt, drängt es auch hier auf eine Beschleunigung, indem es das Gericht anweist, den Parteien eine Frist zu setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf der Beweis nur noch eingeholt wird, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird (§§ 356, 364 II, 431 und 441 IV). Mit diesem Bestreben einer raschen Durchführung des Beweisverfahrens läßt sich nicht vereinen, daß durch einen schlichten Beweisbeschluß die Beweisaufnahme jahrelang verzögert wird. Es bedarf dazu vielmehr eines besonderen Beschlusses, der seine Legitimation aus den Vor-

---

1) Die einzige bekannte Ausnahme bilden die Entscheidungen des OLG Braunschweig, JZ 1952,530 und MDR 1954,304

2) OLG Düsseldorf, JMBl/NRW 1953,171; OLG Stuttgart, DAV XXVIII 315; anders dagegen in ZZP 66,60: Aussetzung in Analogie zu § 356 - mit abl.Anm.von Göppinger. LG Bielefeld, MDR 1954,304; LG Flensburg, DAV 1956,202

schriften der ZPO oder doch aus ihren Grundsätzen empfängt [1].

Diese Notwendigkeit eines besonderen Aussetzungsbeschlusses ergibt sich auch daraus, daß andernfalls eine mehrjährige Unterbrechung des Verfahrens herbeigeführt werden könnte, ohne daß die Parteien dagegen vorgehen können, denn der bloße Beweisbeschluß ist isoliert nicht anfechtbar, nur zusammen mit dem Endurteil [2].

bb) Viele Gerichte setzen den Rechtsstreit bis zur Einholung des Ähnlichkeitsgutachtens in Analogie zu § 356 aus [3]. In dieser Bestimmung komme der allgemeine Rechtsgedanke zum Ausdruck, daß das Gebot tunlicher Beschleunigung des Prozesses hinter dem obersten Ziel des Prozesses, der Erforschung der Wahrheit, zurückstehen müsse. Diese Durchbrechung des Konzentrationsgrundsatzes sei unter Berücksichtigung der entgegenstehenden Interessen der nicht beweispflichtigen Partei "von Fall zu Fall nach Billigkeit und Zumutbarkeit" vom Richter nach seinem Ermessen zu beurteilen [4]. Im allgemeinen wird es dabei als zumutbar angesehen, daß der Prozeß bis zur Einholung des Ähnlichkeitsgutachtens ausgesetzt wird [5].

Dieser Begründung ist nicht zuzustimmen. Der Grundgedanke des § 356 ist "Beschleunigung des Verfahrens". Er will gerade verhindern, daß die Beweisaufnahme hinausgezögert wird, notfalls auch auf Kosten der beweispflichtigen Partei, die mit

---

1) Gaul, FamRZ 1956,202
2) Vergl. hierzu Schiedermaier, FamRZ 1955,282; OLG Hamm, JMBl NRM 1956,53, das die Beschwerde gegen den Beschluß "in der Regel" für unzulässig hält; a.A. OLG Nürnberg, BayJMBl 1955,208
3) OLG Celle, NJW 1953,881 mit zustimmender Anmerkung von Rötelmann; OLG Tübingen, NJW 1953,1110; Guggemos, JZ 52,531; OLG Stuttgart ZZP 66,60; OLG Bamberg BayJMBl 1952,132 und FamRZ 1955,217; LG Göttingen DAV XXVII, 197; LG Hannover NdsRpfl. 1953,179; Büttner, ZZP 67,101
4) OLG Celle aaO
5) a.A. OLG Braunschweig aaO; es hält zwar § 356 dem "Grunde" nach für anwendbar, nicht aber hinsichtlich der "Länge", da eine Aussetzung unzumutbar sei, wenn sie über einige Monate hinausgehe.

ihrem Beweismittel ausgeschlossen wird, wenn sie die Frist nicht einhalten kann. § 356 steht im Dienste der Konzentrationsmaxime. In dem hier zu entscheidenden Fall geht es aber gerade um eine Durchbrechung der Konzentrationsmaxime. Diese verschiedene Tendenz der beiden Fälle wird auch daran deutlich, daß die Rechtsfolge des § 356 auf auf den Fall der Aussetzung zur Einholung eines erbbiologischen Gutachtens nicht paßt. Eine Analogie zu § 356 ist deshalb ausgeschlossen [1].

cc) Der BGH ist der in der Literatur herrschenden Ansicht beigetreten, das Verfahren sei in entsprechender Anwendung des § 148 auszusetzen [2].

GAUL hält auch diesen Analogieschluß nicht für zulässig, weil dieser Regelung eine andere Zwecksetzung zugrunde liege: die Verhinderung widersprüchlicher Entscheidungen. § 148 entspringe einem Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und nicht so sehr der Rechtswahrheit. Dagegen gehe es bei der Aussetzung zwecks Einholung eines erbbiologischen Gutachtens allein um die Wahrheitsfindung. Nach seiner Ansicht muß das Problem durch ergänzende Rechtsfindung in Anlehnung an die Gedanken der §§ 372a, 431, 441 IV und an die Rechtsform des § 450 II ZPO gelöst werden.

Diese Auffassung ist nicht richtig. In der überwiegenden Zahl der einschlägigen Prozesse, nämlich in den Zahlvaterschaftsprozessen, ist die Aussetzung wegen der Ähnlichkeitsuntersuchung auch, sogar in erster Linie, ein Gebot der Rechtssicherheit.

---

1) Gaul, FamRZ 1956,202 und 1958,97; Rosenberg, S.591, spricht deshalb von einer Analogie gemäß § 356, 148!
2) FamRZ 1958,96: In einer früheren Entscheidung - LM Nr.2 zu § 1591 = JZ 8954,643 - fehlt jedoch jede Angabe der gesetzlichen Grundlage. Baumbach, Anm.2 A zu § 148; Schönke, Festschrift für Rosenberg, S.220; Soergel-Siebert 8.Aufl. Anm.2a zu § 1717; Beitzke, Vaterschaftsgutachten, S.24; Schönke-Schroeder-Niese, S.311; Hoff, NJW 1958,803; so auch schon KG, JW 1939,116

Würde das erbbiologische Gutachten nicht eingeholt, müßte wohl in jedem Fall damit gerechnet werden, daß zu gegebener Zeit eine Statusklage über das Bestehen oder Nichtbestehen der unehelichen Vaterschaft anhängig gemacht würde [1].

Damit wäre aber die Gefahr einander widersprechender Urteile sehr groß, größer noch als in den Fällen, die § 148 direkt regelt, weil ein anderes Beweisergebnis zwingend eine andere Entscheidung erfordert. Des weiteren ist zu bedenken, daß Rechtssicherheit nur dann erreicht werden kann, wenn im Volk die Überzeugung herrscht, daß die Entscheidungen auch der tatsächlichen Rechtslage entsprechen. Dies ist aber nicht der Fall, wenn man einer Prozeßpartei ein taugliches Beweismittel abschneidet, mit dessen Verwertung sicher gerechnet werden kann. Der Auffassung des BGH ist deshalb beizutreten.

---

1) Schon das RG (vgl. insbes. RGZ 160,293,163,321) hatte die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der blutmäßigen Abstammung oder der tatsächlichen Vaterschaft - allerdings aus Gründen, die in der Hauptsache heute nicht mehr zutreffen, weil sie der nationalsozialistischen Rassenideologie entstammten - nicht dem § 644 a.F., sondern den §§ 640 ff unterstellt. Der BGH (NJW 1952,935, ZZP 65,488 mit zust.Anm. von Rosenberg) hat im Hinblick auf die zahlreichen Rechtsbeziehungen, die zwischen dem unehelichen Kind und seinem Erzeuger bestehen können (§§ 4, 32 EheG; § 30 PStG; § 173 StGB; §§ 591, 1259 Nr.4 RVO u.a.) das Vorliegen eines R e c h t s v e r h ä l t n i s s e s angenommen und die Zulässigkeit der Statusklage gem. §§ 640 ff grundsätzlich bejaht, allerdings mit der Einschränkung, daß ein Interesse an der Feststellungsklage dann zu verneinen sei, wenn der Kläger durch rechtskräftiges Urteil zur Unterhaltszahlung verpflichtet sei, weil die Rechtskraft des Urteils durch eine andere Feststellung der Abstammung nicht beseitigt werden würde (BGHZ 5,386 MDR 1952,484; ZZP 67, 375 mit ablehnender Anm.v.Schwab). Diese Differenzierung ist jedenfalls mit dem Inkrafttreten des Familienrechtsänderungsgesetzes vom 11.8.1961 (BGBl I 1221) hinfällig geworden. Der durch dieses Gesetz neu gefaßte § 644 bestimmt, daß ein im Statusverfahren nach § 640 ergangenes Urteil, dessen Feststellung hinsichtlich der Abstammung mit einem früher ergangenen Unterhaltsurteil in Widerspruch steht, dieses Urteil außer Kraft setzt. Sowohl von Seiten des Kindes als auch des als Erzeuger in Anspruch genommenen Mannes ist das Interesse an der Feststellung der blutmäßigen Abstammung in jedem Fall zu bejahen.

IV. Rechtsnatur und Zweck der Untersuchungsduldungspflicht

Die Duldungspflicht des § 372a ZPO ist, wie die Zeugnispflicht eine allgemeine, öffentlich-rechtliche Pflicht [1]. Zwar unterscheidet sie sich von der Zeugnispflicht insofern, als auch die Prozeßparteien ihr unterworfen sind, woraus BOSCH [2] folgert, es handle sich um eine echte p r o z e s s u a l e Pflicht. Dagegen spricht jedoch, daß sie nicht nur den Prozeßparteien obliegt, sondern in gleichem Maße auch am Prozeß unbeteiligten Dritten. Daraus erhellt, daß die Duldungspflicht der Parteien nicht aus ihrer besonderen Stellung im Zivilprozeß erwächst; sie obliegt auch ihnen als Ausfluß der allgemeinen staatsbürgerlichen Pflicht, zur Aufklärung der Wahrheit in Rechtsstreitigkeiten mitzuwirken [3]. Zweck der Pflicht des § 372a ist es - auch hier zeigt sich wieder die Parallele zur Zeugnispflicht - die Aufklärungsarbeit des Gerichts und "damit die staatliche Justizgewährung" zu unterstützen [4].

V. Einschränkungen der Duldungspflicht

1. Aus sachlichen Gründen

Stärker als die Zeugnispflicht greift die Duldungspflicht in die Rechtssphäre der Betroffenen ein. Während es für den Zeugen im Normalfall eine

---

1) Vergl.S.43 ff; E.Schmidt, Strafprozeßordnung II, Vorb 16 vor § 48, Erl.1 zu § 51, Vorb.4 vor § 52
2) DRiZ 1951,108; ebenso Schönke-Schröder-Niese, S.277
3) Wenn man jedoch als zivilprozessuale Pflichten solche Pflichten ansieht, die im Zivilprozeß auftreten, dann sind Zeugnis- und Duldungspflicht "zivilprozessuale Pflichten"; so Lent, ZZP 67,353
4) Eb.Schmidt, JR 1959,369

gewisse Belästigung darstellt, seiner Aussagepflicht nachzukommen, führt die Durchführung erbkundlicher Untersuchungen grundsätzlich zu Beschränkungen der Rechte des zu Untersuchenden. So verletzt die Entnahme von Blut für die Blutgruppenuntersuchung die körperliche Integrität, und die Erstellung eines Ähnlichkeitsgutachtens kann einen längeren Klinikaufenthalt erfordern, wodurch der Betroffene in seiner Freiheit beschränkt wird. In beiden Fällen werden Grundrechte verletzt (Art.2 II, S.1 und 2 GG)[1].

Zudem kommt, wie oben aufgezeigt wurde, die Untersuchungsduldungspflicht mit prozessualen Grundsätzen in Kollision.

Der Durchführung einer erbkundlichen Untersuchung stehen daher grundsätzlich erhebliche Interessen entgegen. In diesem Widerstreit der Interessen muß ein gerechter Ausgleich gefunden werden; dies führt zu einer gewissen Beschränkung der Duldungspflicht.

Diese generelle Grenzziehung hat mit dem Zumutbarkeitsgedanken noch nichts zu tun. Der Grund dieser Zurückdrängung des staatlichen Eingriffsrechts liegt nicht darin, daß der einzelne im Hinblick auf seine besondere Lage überfordert würde, wollte man ihn zwingen, die Untersuchung zu dulden. Es geht vielmehr um den Grundsatz der V e r h ä l t n i s m ä ß i g k e i t . Die Eingriffe in die Rechte der zu Untersuchenden und die Durchbrechung prozessualer Grundsätze müssen in einem

---

1) Die z.T. vertretene Auffassung, die Entnahme von Blut für die Blutgruppenuntersuchung verletze die körperliche Unversehrtheit nicht, dazu sei der Eingriff zu geringfügig - so OLG Hamburg, NJW 1953,1873 -, ist abzulehnen. Sie widerspricht eindeutig dem Wortlaut des Art.2 II GG. vergl. Hamann, Das Grundgesetz, Anm.6 zu Art.2 (S.85); Kern, in Neumann-Nipperdey-Scherner, Die Grundrechte II, S.60; Mangoldt-Klein, 2.Aufl.1957, Anm.V 3 zu Art.2. Diese einschränkende Interpretation des Art.2 II GG ist auch nicht etwa im Hinblick auf Art.19 I 2 GG gerechtfertigt. Der Anführung des Grundrechts, das durch ein Gesetz beschränkt wird, bedarf es nicht bei vorkonstitutionellem Recht und nicht bei solchen, nach Inkrafttreten des GG erlassenen Gesetzen, "die lediglich bereits geltende Grundrechtsbeschränkungen unverändert oder mit geringen Abweichungen wiederholen": so ausdrücklich für § 372a ZPO, BVerfG, NJW 1956,986 = JZ 1956,406

angemessenen Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck stehen. Das Gesetz versucht dem gerecht zu werden, indem es anordnet, daß die Untersuchung zu dulden ist, soweit sie "zur Feststellung der Abstammung erforderlich ist" und sie "nach den anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft eine Aufklärung des Sachverhalts verspricht". Weil hierbei die individuellen Verhältnisse des einzelnen Duldungspflichtigen keine Rolle spielen, kann man von "sachlichen Gründen" sprechen, die die Duldungspflicht einschränken [1].

2. Aus persönlichen Gründen

Wie die Zeugnispflicht, so kann auch die Untersuchungsduldungspflicht den Betroffenen im Einzelfall in eine besondere Konfliktslage bringen. So ist denkbar, daß eine Untersuchung für jemanden wegen seiner besonderen körperlichen Disposition die Gefahr gesundheitlicher Schädigung in sich trägt. Häufiger wird sich eine Konfliktsituation jedoch im Hinblick auf die mittelbaren Folgen ergeben, die die Untersuchung - genauer gesagt: ihr Ergebnis - für den Duldungspflichtigen oder ihm nahestehenden Personen haben kann.

Die Partei muß u.U. damit rechnen, daß sie auf Grund des Untersuchungsergebnisses den Prozeß, der bis dahin günstig für sie steht, verliert. Und die Kindsmutter, die im Prozeß ihres Kindes schon als Zeugin gehört worden ist, muß durch ihre Teilnahme an der Untersuchung nicht nur daran mitwirken, daß ihr Kind den Prozeß verliert; sie läuft vielleicht auch Gefahr, einer falschen eidlichen oder uneidlichen Aussage überführt zu werden. Ist der einzelne, den man in dieser Situation trotzdem zur Duldung der Untersuchung zwingt,

1) Baumbach, Anm.4 zu § 372a

damit nicht überfordert?

Diese Frage, die sich hier aufdrängt, zeigt, worum es in diesen Fällen geht· um die Z u m u t - b a r k e i t . Die persönlichen Verhältnisse des einzelnen Betroffenen sind es, die hier der Durchführung der Untersuchung entgegenstehen.

Diese Problematik hatte auch der Gesetzgeber gesehen. Allerdings ging er hier nicht den Weg wie bei den Zeugnisverweigerungsrechten, einen abgeschlossenen Katalog von Untersuchungsverweigerungsrechten aufzustellen; er griff vielmehr allgemein auf das Zumutbarkeitsprinzip zurück, indem er bestimmte daß die Untersuchung nur dann geduldet werden muß, wenn sie "dem zu Untersuchenden nach Art der Untersuchung, nach den Folgen ihres Ergebnisses für ihn oder einen der in § 383 Abs.1 Nr.1-3 bezeichneten Angehörigen und ohne Nachteil für seine Gesundheit zugemutet werden kann".

3. Unterschiedliche prozessuale Behandlung dieser Einschränkungen

Die sachlichen und die persönlichen Gründe sind nicht nur wegen der systematischen Klarheit auseinanderzuhalten. Diese Trennung ist auch praktisch von Bedeutung. Im Prozeß ist streng zu unterscheiden zwischen dem Teil, in welchem die Parteien selbst untereinander kämpfen und der Durchführung des auf Grund der streitigen Verhandlung ergangenen Beweisbeschlusses [1].

Im ersten Teil geht es für das Gericht darum, ob es einen Beweisbeschluß überhaupt erlassen darf, der die Durchführung einer Untersuchung anordnet. In diesem Stadium des Prozesses sind die sachlichen Gründe vom Gericht zu berücksichtigen. Es

1) Nismeyer, MDR 1952,199

muß prüfen, ob die Untersuchung nach dem Stand des Verfahrens überhaupt erforderlich ist, ob sie eine Aufklärung des Sachverhalts verspricht und dergleichen mehr. Steht einer dieser sachlichen Gründe der Durchführung einer Untersuchung entgegen, dann darf das Gericht keinen dahingehenden Beweisbeschluß erlassen [1].

Dagegen spielen die persönlichen Gründe in diesem Verfahrensabschnitt noch keine Rolle [2]. Sie werden erst dann bedeutsam, wenn das Gericht den staatlichen Anspruch auf Duldung einer erbkundlichen Untersuchung im Beweisverfahren durchsetzen will. Der Betroffene kann sich der Untersuchung entziehen, wenn in seiner Person ein Grund vorliegt, der die Duldung der Untersuchung für ihn unzumutbar macht. Dadurch entsteht - gegebenenfalls - ein Zwischenstreit zwischen dem Gericht und dem Betroffenen über die Rechtmäßigkeit der Weigerung, den das Gericht durch Zwischenurteil entscheidet (§§ 372a II; 387).

VI. Die Rechtsnatur der Untersuchungsverweigerungsrechte

Das Untersuchungsverweigerungsrecht ist öffentlich-rechtlicher Natur. Es gewährt dem zu Untersuchenden eine Einrede gegen den Duldungsanspruch des Staates. Es kann insoweit auf die Ausführungen zum Zeugnisverweigerungsrecht verwiesen werden [3].

---

1) OLG München, JZ 1952,427
2) Die Frage, ob die Unzulässigkeit des Beweisbeschlusses dem Betroffenen das Recht gibt, die Duldung der Untersuchung zu verweigern, wird unten noch behandelt
3) Siehe oben S.45/46

VII. Die sachlichen Gründe im einzelnen

1. Die Untersuchung ist nur in familienrechtlichen Verfahren zulässig

a) An der Feststellung des Familienstandes einer Person besteht ein besonderes Interesse

Nach dem Gesetz sind erbkundliche Untersuchungen in den Fällen der §§ 1591 und 1717 BGB "oder in anderen Fällen zur Feststellung der Abstammung" zu dulden. Die Meinungen, was unter "anderen Fällen" zu verstehen ist, sind sehr geteilt. Ist dieser Begriff so auszulegen, daß Untersuchungen nur in solchen Verfahren der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit durchgeführt werden dürfen, in denen Streitgegenstand gerade der familienrechtliche Status einer Person ist? [1] Oder ist ein derartiger "Fall" auch dann gegeben, wenn die Abstammung in dem Verfahren nur als Vorfrage von Bedeutung ist? [2]

Oder kann eine Untersuchung gar durchgeführt werden, wenn die Abstammung einer Person nur Indiz für die Richtigkeit einer Prozeßbehauptung sein soll, z.B. Indiz für den Ehebruch im Ehescheidungsprozeß? [3]

Da die Durchführung erbkundlicher Untersuchungen der besseren Erforschung der Wahrheit im Prozeß dient, dieser Zweck aber auch dann noch erfüllt wird, wenn das Untersuchungsergebnis nur als Indiz verwertet werden soll, würde eine einschränkende Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals vor-

---

1) So Becker, Unsere Jugend 1951,15; Bosch, DRiZ 1951,110, der jedoch in Erbschaftsprozessen e v e n t u e l l eine Ausnahme zulassen will
2) So Pohle, MDR 1950,644; Schönke-Schröder-Niese, aaO, S.280; Wieczorek, Anm.B I zu § 372a
3) Stein-Jonas-Schönke, Anm.I 2 zu § 372a

aussetzen, daß speziell an der Feststellung der Abstammung einer Person, der Kenntnis des familienrechtlichen Status, ein gesteigertes Interesse besteht. Andernfalls wäre eine Differenzierung nicht begründet.

Ein solch gesteigertes Interesse ist unter doppeltem Aspekt zu bejahen:

aa) Der Mensch bedarf zu seinem Selbstverständnis des Wissens um seine Abstammung. Er ist keine Gattungsware, die voraussetzungslos existiert. Der einzelne ist ein Glied in einer lebendigen Kette, und seine Persönlichkeit wird nicht zuletzt durch das geprägt, was auf ihn über Generationen hinweg vererbt wurde. Deshalb gehört die Kenntnis des einzelnen von seiner Abstammung zu den fundamentalen Bedürfnissen der Person, nicht zuletzt auch im Hinblick auf die Verantwortung gegenüber seinen Kindern [1].

Aus diesem Grund setzt sich die Auffassung immer mehr durch, daß es ein "Recht der blutmäßigen Abstammung" gibt, dem als Ausfluß des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Grundrechtsqualität zukommt [2].

bb) Aber auch die Allgemeinheit, der Staat, hat ein lebenswichtiges Interesse an der Feststellung der blutmäßigen Abstammung [3]. Deshalb stellt er die Personenstandsfälschung unter strenge Strafen

---

1) Guggemos, SJZ 1948,247 und NJW 1949,750; vergl. auch Muckermann, Eugenik, 1934, insbes. S.31 ff und 44 ff; Häcker, Was ist der Mensch, 1933; Guardini, Welt und Person, 1939

2) Enn.-Nipperdey, S.392. Krüger, NJW 1954,1509; Neumann-Duesberg, MDR 1952,486; Nipperdey Ufita 1960,16; Palandt, Einf.vor § 1 Anm.2; Siebert, NJW 1958,1371; ders. in Soergel-Siebert, Vorb.vor § 12 Anm.I 5 f. Diese Auffassung findet ihren Niederschlag im FamRAG vom 11.8.61 (BGBl I 1221). In dem durch Art.3 Ziff 4 dieses Gesetzes neu gefaßten § 644 wird klargestellt, daß sowohl das uneheliche Kind als auch der als Erzeuger in Anspruch genommene Mann ein rechtliches Interesse an der Feststellung der blutmäßigen Abstammung bzw. Nichtabstammung haben, und dieses Verfahren ein Statusverfahren nach § 640 ist

3) OLG Dresden, NJ 1949,66; OLG Halle, DRZ 1948,99; OLG München, JZ 1952, 427; Guggemos, SJZ 1948,249; Meyer, JR 1952,149; Boehmer, Grundlagen I, S.116

(§ 169 StGB) und entzieht er in den Rechtsstreitigkeiten über den familienrechtlichen Status einer Person den Parteien die Herrschaft über das Verfahren [1].

b) Keine Duldungspflicht in anderen Prozessen

Dieses besondere Interesse, das der einzelne und die Allgemeinheit an richtiger Feststellung des familienrechtlichen Status einer Person haben, rechtfertigt die erheblichen Eingriffe in die Rechte der Betroffenen, die mit einer Untersuchung grundsätzlich verbunden sind. Und nur deshalb ist eine so weitgehende Durchbrechung prozessualer Grundsätze zulässig. Dagegen müssen in anderen Prozessen die Interessen der Parteien und auch die der Rechtspflege an der Aufklärung des Tatbestandes zurücktreten.

§ 372a ZPO ist deshalb restriktiv auszulegen: Die Durchführung einer erbkundlichen Untersuchung darf in den Prozessen angeordnet werden, deren Ziel u n m i t t e l b a r die Feststellung der Abstammung einer Person ist.

2. Eignung der Untersuchung zur Aufklärung des Sachverhalts

Als weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Untersuchung verlangt das Gesetz, daß sie nach den anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft eine Aufklärung des Sachverhalts verspricht.

a) Generelle Eignung

Die Untersuchungsmethode muß g e n e r e l l geeignet sein, die Abstammungsfrage zu klären. Das

1) In den Statussachen gilt die Inquisitionsmaxime, §§ 617, 622, 640 I ZPO

heißt nicht, daß sie in jedem Fall auch tatsächlich Beweis für die strittige Behauptung bringen müsse. Gerade bei der Blutgruppenuntersuchung, die das Gesetz eigens anführt, gelingt dies nur verhältnismäßig selten. Denn nur wenn besondere, zuvor nicht erkennbare Voraussetzungen gegeben sind, kann die Vaterschaft wirklich ausgeschlossen werden. Erforderlich ist demnach,"daß bei gegebenen Voraussetzungen nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen der Schluß zwingend ist - einen an Sicherheit grenzenden Grad von Wahrscheinlichkeit erreicht"[1].

aa) Anerkannte Methoden

Die Wissenschaft hält heute im allgemeinen vier Untersuchungsmethoden für geeignet, die Abstammungsfrage zu klären.

(1) Das gynäkologische Gutachten
(Tragezeit- oder Reifegradgutachten)

Das gynäkologische Gutachten dient dem Nachweis der Unmöglichkeit der Befruchtung in der Zeit der Kohabitation[2]. Sein Beweiswert ist jedoch gering, weil es im allgemeinen von den Aussagen der Kindsmutter über die letzte Monatsblutung und den Verkehr und den Angaben der Hebamme über die Erscheinungsmerkmale abhängig ist[3]. Es ist daher nur mit größer Vorsicht ergänzend zu anderen Beweismethoden heranzuziehen[4], doch kann es, wenn die Tatsachen einwandfrei feststehen, vollen Beweiswert haben[5].

(2) Feststellung der Zeugungsfähigkeit des Mannes

Der Beweiswert dieser Untersuchungsmethode ist ebenfalls nicht sehr groß. Zunächst muß die Un-

1) Pohle, MDR 1950,644
2) Gärtner, NJ 1952,309; Harasser, NJW 1950,561; Hasemann, Das Vaterschaftsgutachten, S.25 ff; Meyerhoff, MDR 1949,609
3) Beitzke, Vaterschaftsgutachten, S.14; Wehler, DRiZ 1955,39
4) Wehler, aaO
5) OLG Neustadt, MDR 1959,241

tersuchung bei negativem Spermienbefund mindestens zwei bis drei Mal wiederholt werden, damit die Zeugungsunfähigkeit mit Sicherheit festgestellt werden kann, die dann aber zunächst nur für den Zeitpunkt der Untersuchung feststeht. Um daraus Rückschlüsse auf eine frühere Zeit ziehen zu können, bedarf es weiterer körperlicher Untersuchungen unter Berücksichtigung der Angaben des zu Untersuchenden [1]. Es bestehen deshalb mehrere Fehlerquellen, zumal wenn die Zeugungsunfähigkeit für einen weiter zurückliegenden Zeitpunkt festgestellt werden soll. Der Beweiswert eines Gutachtens über die Zeugungsfähigkeit ist deshalb im allgemeinen nicht sehr groß [2], wenngleich der BGH die Auffassung vertritt, daß ein eindeutiges Gutachten über die Zeugungsunfähigkeit ähnlich wie ein erbbiologisches Gutachten die Glaubwürdigkeit entgegenstehender Zeugenaussagen zu erschüttern vermag [3].

(3) Die Blutgruppenuntersuchung

Die wertvollste, weil sicherste Methode, ist die Blutgruppenuntersuchung. Allerdings ist sie nur für den n e g a t i v e n Abstammungsbeweis geeignet. Insoweit kommt ihr jedoch absolute, jeden Gegenbeweis ausschließende Beweiskraft zu. Auch ein erbbiologisches Gutachten kann den dadurch geführten Beweis nicht erschüttern [4]. Dies gilt zunächst für die klassischen Blutgruppen A - B - AB - O [5], aber auch für die Blutkörperchenmerkmale M und N [6] und die Faktoren A_1 und A_2 [7].

---

1) Müller, Gerichtliche Medizin, 1953,849
2) RG Warn 31,289 Nr.144; LG Essen DAV XXVI 7; Beitzke, Vaterschaftsgutachten, S.6
3) LM, § 1591 BGB Nr.2; FamRZ 1956,149
4) OGHZ 3,333; BGH NJW 1954,550
5) So schon KG JW 1930,1605; RG JW 1936,259; BGHZ 2,6 = NJW 1951,558; Dünnebier, DRiZ 1951,193; Pietrusky NJW 1949,617
6) RG, DJ 1938,950; OGHZ 3,333; BGHZ 2,6; BGH St 6,70; Pensold, JZ 1952, 680
7) BGHZ 12,41 = NJW 54,550; Dünnebier, DRiZ 1951,193; Gärtner, NJ 1952, 309; Pensold, JZ 1952,680; Dahr, Vaterschaftsgutachten. S.89

Neuerdings wird auch der Ausschluß der Vaterschaft durch die Bestimmung des Rh-Systems (Rhesusfaktoren) und die Rh-Untergruppen (D - C - E) als voll beweiskräftig angesehen [1].

(4) Das erbbiologische Gutachten

Auch das Ähnlichkeitsgutachten ist seit langem als gültige Untersuchungsmethode anerkannt [2]. Zwar hat es nicht die gleiche Beweiskraft wie ein Blutgruppengutachten [3]; doch kann mit ihm nicht nur die offenbare Unmöglichkeit der Vaterschaft dargetan, sondern auch der positive Beweis für die Vaterschaft erbracht werden [4]. Dies ist sogar in den sogenannten "Einmannfällen" möglich, in denen kein anderer Mann als der angebliche Erzeuger für die Untersuchung zur Verfügung steht [5].

bb) Nicht anerkannte Methoden

(1) Der Löns-Test

Die Untersuchung nach der Methode L ö n s , ein serologisches Verfahren, soll einen positiven Vaterschaftsnachweis ermöglichen. Seine Brauchbarkeit wird sehr unterschiedlich beurteilt [6]. Da deshalb ein Erfahrungssatz in einer Richtung nicht besteht, ist es dem Tatrichter überlassen, sich in freier Beweiswürdigung ein Urteil über

---

1) Für den Faktor C (c: BGH, NJW 56,1716 und NJW 57,383; kritisch hierzu Förstler, NJW 1957,1686, mit Entgegnung von Dahr, NJW 1958,2097; LSG Bremen, NJW 1956,1427; Lauer, JZ 1955,151; für alle Rhesus-Untergruppen: OLG Stuttgart, MDR 1956,303, LG Bielefeld, NJW 5958,713; LG Göttingen, FamRZ 1954,114; Wichmann, NJW 1958, 252; Dahr, Vaterschaftsgutachten, S.89,90

2) RG DJ 1937, 1781; DR 1941,787; BGHZ 7,116 = NJW 1952,1171; BayOlGZ 1. 44; Clauberg, JR 1950,356; Lenz, MDR 1949, 322

3) Vergl. oben S.81

4) RGZ 168,191; BGH NJW 1954,83; LG Berlin-West, JR 1952,169; LG Köln FamRZ 1955,273

5) RGZ 169,223; JW 1938,113; BGHSt 5,34 = NJW 1954,83; OLG Köln JMBl NRW 1958,132 - JR 1958,261; OLG Hamburg, JZ 1951,559; AG Karlsruhe, NJW 1959,151

6) N e g a t i v : Dahr, MDR 1950,715; ders., Vaterschaftsgutachten, S.97; Dünnebier, JZ 1955,487; Harasser, NJW 1950,561
P o s i t i v : (als zusätzliches Beweismittel) Buhlmann, NJW 1951, 911; Kewer und Ponsold, NJW 1953,1902

den Beweiswert dieser Methode zu bilden [1].

Obwohl der Löns-Test von einigen Gerichten als zusätzliches Beweismittel herangezogen und als Indiz verwertet wird [2], kann bei dieser Sachlage nicht davon gesprochen werden, daß eine Untersuchung nach der Löns-Methode nach den anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft eine Aufklärung des Sachverhalts verspricht. Deshalb besteht keine Pflicht, die Entnahme von Blut für die Durchführung des Löns-Testes zu dulden [3].

(2) Der genetische Wirbelsäulenvergleich nach Kühne [4]

Auch diese Methode ist wissenschaftlich noch zu wenig fundiert, als daß sie als Urteilsgrundlage verwandt werden könnte [5]. In Grenzfällen, in denen die übrigen Beweismittel zu keinem eindeutigen Ergebnis führen, wird sie jedoch - wie der Löns-Test - als zusätzliches Indiz gewertet [6]. Eine Duldungspflicht besteht bei dieser Sachlage nicht.

b) Spezielle Eignung im konkreten Fall

Unter Umständen kann eine Methode, deren Beweiswert wissenschaftlich anerkannt ist, wegen der besonderen Umstände des konkreten Falles von vornherein nicht zum Erfolg führen. So scheidet das erbbiologische Gutachten in einem Vaterschaftsstreit, in dem zwei Brüder als Erzeuger benannt sind, als taugliches Beweismittel aus [7].

---

1) BGHZ 12,41 = NJW 1954,553
2) LG Berlin-Charlottenburg, MDR 1953,113; LG Mannheim II O 168/54; LG Siegen NJW 1951,607
3) OLG Celle, NJW 1954,331
4) ZBl JugR 1953,107
5) Gärtner, NJ 1952, 309; Harasser, NJW 1950,561; Lenz, MDR 1949,322; Saller, NJW 1951,182; OLG Hamburg, NJW 1951,197
6) OLG Braunschweig, NJW 1951,103; OLG Hamburg, aaO; LG Ravensburg, Az. S 98/52; Vlauberg, JR 1950,356; Dünnebier, DRiZ 1951,193
7) RGZ 169,282

Auch in diesem Fall kann die Duldung der Untersuchung nicht verlangt werden.

3. Erforderlichkeit der Untersuchung

a) Der Beweis nach § 372a ZPO als "ultima ratio"

Eine Untersuchung ist gemäß § 372a nur zulässig, wenn sie für die Feststellung der Abstammung e r f o r d e r l i c h ist. Sie darf deshalb erst angeordnet werden, nachdem alle anderen Beweismittel erschöpft worden sind. Wegen der erheblichen Eingriffe in die Rechte der zu Untersuchenden und der mit der Untersuchung verbundenen Verzögerung des Verfahrens, ist der Beweis nach § 372a die "ultima ratio" [1].

Aus diesem Grund ist es unzulässig, vorsorglich schon Untersuchungen anzuordnen, deren Notwendigkeit noch nicht feststeht. Auch ist die Untersuchung grundsätzlich auf solche Personen zu beschränken, deren Mitwirkung für die Erforschung der Abstammung nötig ist. Wenn jedoch MEYER [2] in diesem Zusammenhang eine "gestaffelte" Blutgruppenuntersuchung fordert, so geht dies zu weit. Durch die Blutgruppenuntersuchung ist ein Mann als Erzeuger nur dann auszuschließen, wenn Mutter und Kind nicht das gleiche Blutbild haben. Deshalb ist er der Meinung, der Mann brauche die Untersuchung nur zu dulden, wenn zuvor festgestellt sei, daß dieses Hindernis für einen Ausschluß der Vaterschaft nicht bestehe. Ein solches Vorgehen, das zu einer weiteren, erheblichen Verschleppung des ohnehin schon langwierigen Verfahrens führen würde, wäre dann gerechtfertigt, wenn in der Mehrzahl der Fälle die Blutgruppenuntersuchung wegen dieser Übereinstimmung des Blutbildes von Mutter

1) OLG München, JZ 1952,427; OLG Köln JMBl NRW 1951,137
2) JR 1950,357

und Kind keinen Erfolg hätte. Bei der großen Zahl verschiedener Faktoren, die heute als beweiskräftig anerkannt sind [1], ist dies jedoch nicht der Fall. In der Praxis wird deshalb diese gestaffelte Blutuntersuchung zu Recht nicht durchgeführt.

b) Erbkundliche Untersuchung als "Ausforschungsbeweis"

Viel diskutiert und sehr umstritten ist im Zusammenhang mit der Duldungspflicht des § 372a der sogenannte "Ausforschungsbeweis". Es geht dabei um die Frage, unter welchen Voraussetzungen im Alimentenprozeß dem Antrag des auf Unterhalt verklagten Mannes auf die Durchführung einer wissenschaftlich anerkannten erbkundlichen Untersuchung stattzugeben ist [2].

Zwei Meinungen stehen sich gegenüber:

aa) Nach der einen, in der Praxis überwiegend vertretenen Auffassung darf ein Gutachten nach § 372a nicht schon auf Grund der bloßen Behauptung eingeholt werden, nach den Umständen des Falles sei eine Vaterschaft "offenbar unmöglich". Es müßten vielmehr gewisse Anhaltspunkte für einen Mehrverkehr der Kindsmutter vorliegen, die nach dem bisherigen Verhandlungsergebnis noch nicht ausgeräumt seien [3].

---

1) Vergl. oben S. 81

2) In den von der Inquisitionsmaxime beherrschten Statusprozessen tritt dieses Problem nicht auf, da hier der Richter von Amts wegen den Sachverhalt erforscht und die Beweise einzieht; RG DR 1942, 1289; RGZ 169, 283

3) RG DR 1942, 863; RGZ 168, 385 (anders dagegen in DR 1942, 1289); BGH JZ 1951, 643; JZ 1953, 230 mit Anm. von Schwoerer; BGHZ 5, 306; OLG Bamberg FamRZ 1955, 257; OLG Freiburg JZ 1953, 229; OLG Hamburg MDR 1957, 554; OLG Köln JMBl NRW 1949, 151 mit Anm. von Guggemos; LG Bonn, MDR 1954, 177 mit Anm. von Habscheid; LG Passau DAV XXVI 22; LG Wuppertal NJW 1953, 1186; Jescheck, ZZP 65, 379; Hoff, NJW 1959, 804; Bosch, DRiZ 1949, 151; Büttner, ZZP 67, 82; Haußer, NJW 1959, 1811, allerdings nur f.d. erbbiologische Gutachten, während d. Blutgruppengutachten auf Antrag stets einzuholen sei. Ebenso: Stein-Jonas-Schönke, Anm. III 1 a vor § 371 und Lorenz, MDR 1954, 661

Überwiegend wird diese Beschränkung des Beweises nach § 372a damit begründet, ohne nähere Anhaltspunkte für Mehrverkehr handle es sich um einen unzulässigen Ausforschungsbeweis[1], während das OLG Freiburg[2] in der "nackten" Behauptung des Mehrverkehrs bzw. der offenbaren Unmöglichkeit der Vaterschaft eine Verletzung der Wahrheitspflicht des § 138 I, zumindest jedoch einen auch für das Prozeßrecht bedeutsamen Verstoß gegen Treu und Glauben sieht[3]. LORENZ[4] wiederum hält die Beschränkung deswegen für erforderlich und für berechtigt, weil sonst ein Stillstand der Rechtspflege zu befürchten wäre.

bb) Die Gegenmeinung hält den Antrag der Partei auf Einholung eines serologischen oder erbbiologischen Gutachtens stets für zulässig. Da das Gutachten unmittelbar für die Behauptung Beweis erbringen könne, das Kind stamme nicht vom Beklagten ab, liege kein unzulässiger Ausforschungsbeweis vor. Das Gericht müsse daher einem derartigen Beweisantrag auf jeden Fall entsprechen[5].

cc) Eigene Meinung

Geht man von der vom RG geschaffenen und auch heute noch anerkannten Definition aus, daß ein Ausforschungsbeweis dann vorliegt, "wenn durch die Beweisaufnahme erst die Grundlage zu neuen Behauptungen gewonnen werden soll"[6], so liegt in dem Antrag auf Durchführung einer erbkundlichen Untersuchung nie ein Ausforschungsbeweis. Das benannte Beweismittel, das ist das auf Grund der

---

1) BGH, LG Bonn, Jescheck, OLG Köln, Bosch, Hoff wie S.85 Anm.3
2) OLG Freiburg, aaO
3) Ebenso OLG Bamberg, aaO
4) Lorenz, aaO
5) Esser, MDR 1952,537; Stückrath, MDR 1950,30; Erman, 2.Aufl., Anm.2 zu § 1591; Rosenberg, S.550; Boennecke, NJW 1953,1086; AG Konstanz, NJW 1596,795; LG München, DRspr I (414) 70b
6) HRR 1928 Nr.1940; Gruch.65,495, HRR 1940 Nr.619; RGZ 162,316; Baumbach, Anm.2 zu § 282; Rosenberg, S.542; Stein-Jonas-Schönke, Anm.III zu § 282

Untersuchung erstattete Gutachten, kann für die aufgestellte Behauptung unmittelbar Beweis erbringen. Behauptet wird nämlich - gleichgültig, ob die Mehrverkehrseinrede erhoben wird oder die offenbare Unmöglichkeit der Empfängnis aus der Beiwohnung dargetan wird - letzten Endes die "N i c h t a b s t a m m u n g" des Kindes von dem als Erzeuger in Anspruch genommenen Beklagten. Abstammung oder Nichtabstammung ist die entscheidende Frage, denn die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters stützt sich nicht darauf, daß er der Kindsmutter in der Empfängniszeit beigewohnt hat und auch nicht auf die Tatsache der Erzeugung, sondern auf die "richtige Vaterschaft". Es handelt sich um eine Verbindlichkeit, die aus dem familienrechtlichen Status entspringt[1]. Die Abstammungsfrage läßt sich aber durch die erbkundliche Untersuchung unmittelbar klären. Ein Beweisantrag nach § 372a kann deshalb nicht unter dem Gesichtspunkt des Ausforschungsbeweises als unzulässig zurückgewiesen werden.

In der Regel kann ein derartiger Beweisantrag trotz Fehlens näherer Anhaltspunkte für Mehrverkehr auch nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, der Beweisführer verstoße damit gegen Treu und Glauben oder gegen die Wahrheitspflicht. Nur wenn feststeht, daß der Beweisführer die Behauptung wider besseres Wissen oder erkennbar aus logisch unhaltbaren Erwägungen aufgestellt hat, oder wenn er aus sachfremden Motiven einen Beweis antritt, den er selbst für aussichtslos hält, kann ein schlüssiger Beweisantrag abgelehnt werden[2]. Im übrigen zwingt die das Verfah-

---

1) BGHZ 5,386 unter Hinweis auf die Motive zum BGB (IV 874, 885). Die besonderen Beweiserleichterungen der §§ 1717 Abs.1 und 1720 BGB wurden durch den Stand der Wissenschaft z.Zt. d.Entstehung des Gesetzes erzwungen. Damals konnte auf die wirkliche Vaterschaft nur aus äußeren Umständen geschlossen werden. Ein wissenschaftlicher Nachweis, wie er jetzt durch d.Untersuchungsmethoden geführt werden kann, war nicht möglich

2) Dunz, NJW 1956,711, der jedoch zu Recht darauf hinweist, daß diese subjektiven Kriterien wohl nur in d.seltensten Fällen festgestellt werden können

ren beherrschende Verhandlungsmaxime eine Partei häufig dazu, mehr zu behaupten, als sie weiß [1]. So muß bei Eventual-Behauptungen und dem "Bestreiten mit Nichtwissen" eine gewisse Unrichtigkeit sogar bewußt in Kauf genommen werden [2].

Auch der Umstand, daß die beantragte Untersuchung nach der ganzen Sachlage, insbesondere im Hinblick auf das bisherige Beweisergebnis, nur wenig Aussicht auf Erfolg verspricht, die geringe "Wahrheitschance" eines Beweismittels, rechtfertigt seine Zurückweisung nicht [3]. Das Gericht würde damit gegen den allgemein anerkannten prozessualen Grundsatz verstoßen, daß Beweisergebnis und Beweiswürdigung nicht vorweggenommen werden dürfen [4].

Trotzdem ist die Haltung der Gerichte, die den Beweis nach § 372a nicht schrankenlos zulassen, richtig. Sie findet ihre Rechtfertigung jedoch nicht in den prozessualen Überlegungen, die in den Urteilen angestellt werden, sondern in der "Eigenart des Beweismittels" [5]. Die Durchführung der erbkundlichen Untersuchung führt stets zu erheblichen Eingriffen in die Intimsphäre der Betroffenen, zu denen vielfach völlig unbeteiligte Personen gehören [6]. Sehr schwerwiegende Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre dürfen aber nicht auf Grund jedes noch so aussichtslosen und mutwilligen Beweisantrags vorgenommen werden. Der Schutz dieser Rechtsgüter rechtfertigt es,

---

1) Jonas, DR 1941,1697
2) Dunz, aaO
3) Dunz, aaO
4) St.Rspr.: RG JW 1910,68; Warn 1920,124; LZ 1931,769; OGHZ 1,533; BGH NJW 1951,481. Nur wenn die Beweisaufnahme, gleich welches ihr Ergebnis sein würde, die Entscheidung nicht beeinflussen könnte, ist einem Beweisantrag nicht stattzugeben; Rosenberg, S.541. Da jedoch serologisches und erbbiologisches Gutachten entgegenstehende Zeugenaussagen widerlegen, trifft dies bei ihnen nicht zu. Unzutreffend daher RG DR 1942,863 OLG Hamburg, MDR 1957,554; Guggemos, Anm.z.Urteil OLG Köln, NJW 1949,151; Hoff, NJW 1959,804
5) Dunz, aaO
6) Hierzu oben S.72

daß der Beweis nach § 372a nur dann erhoben wird, wenn gewisse Anhaltspunkte dafür gegeben sind, aus denen sich Zweifel an der behaupteten Vaterschaft des in Anspruch genommenen Mannes ergeben.

Unter diesem Aspekt wird auch ersichtlich, warum dem Blutgruppengutachten von den Gerichten eher zugelassen wird als das erbbiologische Gutachten. Die mit der Blutgruppenuntersuchung verbundene Blutentnahme führt zwar zu einer Verletzung der körperlichen Integrität, die jedoch nicht gar zu erheblich und nur vorübergehend ist. Dagegen bedeutet das eingehende Erforschen und photographische Festhalten des menschlichen Erscheinungsbildes bei der erbbiologischen Untersuchung einen Eingriff, der an der Grenze dessen liegt, was mit Würde der Person noch zu vereinen ist[1].

Daneben spielt eine gewisse Rolle auch der Umstand, daß solche Untersuchungen das Verfahren erheblich verzögern. Auch aus diesem Grund ist das Gericht berechtigt und verpflichtet, nicht jedem derartigen Beweisantrag stattzugeben. Zwar wird dadurch die Wahrheitserforschung unter Umständen vereitelt, doch ist dieser Gedanke dem Gesetz nicht fremd. In vielen Bestimmungen zeigt sich, daß der Gesetzgeber bereit ist, im Interesse einer Konzentration und Beschleunigung des Verfahrens in einem gewissen Umfang auf eine völlige Erforschung der Wahrheit zu verzichten[2].

Erbkundliche Untersuchungen sind daher im Parteiprozeß nur dann durchzuführen, wenn sie "erforderlich" sind, d.h. wenn nach Erschöpfung aller übrigen Beweismittel die Abstammungsfrage noch nicht geklärt ist, sei es weil Anhaltspunkte für einen Mehrverkehr der Kindsmutter oder für die Unmöglichkeit der Vaterschaft gegeben sind.

1) Deutlich zeigen dies die Bilderbogen, die zu den Akten kommen und in denen zumal irgendwelche "Abnormitäten" als besonders markante Kennzeichen festgehalten sind, Dunz aaO
2) §§ 272a, 279a, 283 II, 523, 529 III, 626

VIII. Die persönlichen Gründe im einzelnen

Das Gesetz nennt drei Gesichtspunkte, unter denen die Zumutbarkeit einer Untersuchung zu prüfen ist:

1. die Art der Untersuchung muß zumutbar sein,
2. die Folgen des Ergebnisses für den Betroffenen oder einen nahen Angehörigen sind zu berücksichtigen,
3. die Gefahr gesundheitlicher Schäden ist zu prüfen.

Wenig praktische Bedeutung kommt den Punkten 1 und 3 zu. Die von der Wissenschaft entwickelten und angewandten Methoden stellen keine ungebührlichen Anforderungen an den zu Untersuchenden und bringen in der Regel auch keine Gefahren für die Gesundheit mit sich.

1. Die Zumutbarkeit der Untersuchung im Hinblick auf ihre Art

Unter den z.Zt. bekannten Untersuchungsmethoden ist nur eine, die wegen der Art und Weise ihrer Durchführung als unzumutbar anzusehen ist: die unnatürliche "eiaculatio seminis", die zur Feststellung der Zeugungsfähigkeit eines Mannes notwendig ist. Die Vornahme dieses allgemein als widernatürlich angesehenen Vorgangs an einem Menschen verletzt dessen Würde. Der einzelne kann sich deshalb gegen eine derartige Untersuchung wehren [1].

In der Praxis dürfte eine derartige Untersuchung aus diesem Grund wohl kaum einmal verweigert werden. Da mit dieser Untersuchung nur die Nichtvaterschaft des Betroffenen dargetan werden soll

---

1) Bosch, DRiZ 1951,110

und kann, wird ihre Durchführung regelmäßig in seinem Interesse liegen. Bedenken gegen die Art der Untersuchung werden deshalb wohl in der Regel zurückgestellt werden.

2. Unzumutbarkeit der Untersuchung wegen der Gefahr gesundheitlicher Schäden

Daß eine Untersuchung unzumutbar ist, wenn sie die Gefahr gesundheitlicher Schäden für den Duldungspflichtigen mit sich bringt, braucht nicht näher dargelegt zu werden. Die Gesundheit stellt für den Menschen ein so hohes und schutzwürdiges Gut dar, daß seine Verletzung auch nicht zum Zweck der Abstammungsfeststellung gerechtfertigt wäre [1].

Auch hierbei dürfte es sich um seltene Einzelfälle handeln, auf Grund der besonderen Konstitution des Betroffenen. Für einen Menschen von normaler Veranlagung und durchschnittlicher Gesundheit sind die z.Zt. praktizierten Untersuchungen völlig ungefährlich. Eine Gefahr für die Gesundheit könnte dann gegeben sein, wenn der Betroffene eine extrem starke Veranlagung zum "Bluter" hat. Unter Umständen dürfte auch schon "eine Überempfindlichkeit eines Duldungspflichtigen, die schädigende Erregungszustände schon durch die Tatsache eines Klinikaufenthaltes erwarten läßt", genügen, eine Weigerung zu rechtfertigen [2]. Doch handelt es sich hier um eine "Gradfrage", die nur nach dem Einzelfall entschieden werden kann.

---

1) Bosch, DRiZ 1951,109; Stein-Jonas-Schönke, Anm.III 2 b zu § 372
2) Pohle, MDR 1950,644

3. Die Unzumutbarkeit im Hinblick auf die Folgen des Ergebnisses

a) Das Problem der Zumutbarkeit

Das in der Praxis wichtigste, aber auch das umstrittenste Untersuchungsverweigerungsrecht ist dasjenige, das dem Duldungspflichtigen im Hinblick auf die Folgen des Ergebnisses der Untersuchung eingeräumt wird. Das Gesetz selbst gibt keine näheren Anhaltspunkte dafür, was unter diesem Gesichtspunkt als u n z u m u t b a r anzusehen ist. Auch der so gern beschworene "Wille des Gesetzgebers" leistet bei der Auslegung des Gesetzes nur wenig Hilfe. In der Begründung zum Regierungsentwurf [1] heißt es zwar, daß mit der Neufassung der Untersuchungsduldungspflicht das Ziel verfolgt werde, das Recht zur Untersuchungsverweigerung "in einem wesentlich weiteren Umfang" als bisher zu gewähren. Konkrete Hinweise für die Abgrenzung fehlen jedoch.

Im Parlament wurde § 372a eingehend diskutiert [2], aber im wesentlichen ging es um die Frage, ob derartige Eingriffe in die Rechte des einzelnen, wie sie die Durchführung erbkundlicher Untersuchungen g r u n d s ä t z l i c h mit sich bringt, überhaupt zulässig sind. Mit dem Begriff der Zumutbarkeit, zumal im Hinblick auf die Folgen des Ergebnisses, hat sich in diesem Zusammenhang kein Redner befaßt. In der Aussprache über die Parallelbestimmung der StPO, § 81c, wurde allerdings das Problem der Zumutbarkeit angesprochen. Die Worte des Abgeordneten ARNDT zeigen aber deutlich, daß keinerlei bestimmte Vorstellungen hinsichtlich dieses Begriffs bestanden. ARNDT führte aus: "Wir sind darauf gestoßen, daß es heute viel zu schwierig wäre, den Begriff der

---

1) Drucksache 530 des 1.Dt.BT
2) 1.Dt.BT, 79.Sitzung v.26.7.1950, S.I 2866 ff

Zumutbarkeit eines solchen Eingriffs zu bestimmen, denn was ist zumutbar?" [1]

Für die Auslegung des § 372a ZPO und insbesondere die Konkretisierung des Zumutbarkeitsbegriffs ist aus den Beratungen daher nur allgemein die T e n d e n z zu ersehen, das Eingriffsrecht des Staates gegenüber dem einzelnen erheblich einzuschränken [2].

b) Entsprechende Anwendung der Regeln über die Zeugnisverweigerungsrechte

Die Parallele zwischen Zeugnisverweigerungsrecht und Untersuchungsverweigerungsrecht, die wir oben festgestellt haben, führt zu der Überlegung, ob nicht die Bestimmungen über die Zeugnisverweigerungsrechte - wenn auch nicht direkt, so doch entsprechend - anzuwenden sind [3].

Zwar spricht der Umstand, daß der Gesetzgeber keinen entsprechenden Passus in § 372a aufgenommen hat, gegen diese Annahme, zumal § 81c StPO ausdrücklich auf die Zeugnisverweigerungsrechte Bezug nimmt. Gerade dieser Umstand zeigt jedoch andererseits wieder, daß dieser Gedanke nicht ganz abwegig ist. Im Grunde ist nicht einzusehen, warum im Strafprozeß eine andere Regelung gelten soll als im Zivilprozeß, zumal die Verweisung auf die Zeugnisverweigerungsrechte in § 81c StPO, wie die Praxis zeigt, den Duldungspflichtigen besser stellt als die Regelung des § 372a. Das Interesse an der Wahrheitsfindung ist im Strafprozeß fürwahr nicht geringer als im Abstammungsprozeß. DÜNNEBIER [4] weist deshalb wohl zu Recht darauf hin, daß § 372a dem Schicksal des

1) aaO S.3063. Wegen der Regelung, die die Untersuchungsverweigerungsrechte in § 81c StPO erfahren haben, vergl. oben S.63
2) Dünnebier, Anm.z.Urteil des OLG München, JZ 1952,427
3) So Meyer, DRiZ 1951,34; Nathan,NJW 1950,12
4) JZ 1952,427

§ 81c StPO bei den Beratungen im Bundestag insoweit wohl nur durch einen Zufall entgangen ist.

Eine analoge Heranziehung der Regeln über das Zeugnisverweigerungsrecht auf das Untersuchungsverweigerungsrecht scheidet jedoch aus, weil es an der dafür nötigen Übereinstimmung der gattungsmäßigen Interessenlage der beiden Fallgestaltungen fehlt. Der BGH [1] ist zwar der Auffassung, Zeuge und Duldungspflichtiger seien einander insoweit gleichzusetzen. Wie der Zeuge, so gerate auch die beweispflichtige Person, die zu einem Beweisakt gegen einen Angehörigen durch Duldung einer Untersuchung veranlaßt werden solle, in eine oft schwere objektive Konfliktslage, die in der Regel an das Gewissen des Beweispflichtigen rühre. Diese Konfliktslage dürfe nicht durch staatlichen Zwang, sondern nur durch die freie, selbstverantwortliche, gewissensmäßige Entscheidung der Beweisperson gelöst werden.

Diese Gleichstellung der beiden Fälle wird jedoch der verschiedenen psychologischen Situation, in der sich der Zeuge und der Duldungspflichtige befinden, und der sich daraus ergebenden unterschiedlichen Zwecksetzung der beiden Rechtsinstitute nicht gerecht.

Wie bei der Untersuchung der Zeugnisverweigerungsrechte ausgeführt wurde [2], ist der Grund für die Gewährung der persönlichen Zeugnisverweigerungsrechte der §§ 383, 384 die Versuchung zur Verfälschung der Aussage, die an den Zeugen herantritt, wenn er gegen sich selbst oder einen nahen Angehörigen aussagen müßte und die ihm erspart bleiben soll. Damit gekoppelt ist die rechtspolitische Überlegung, daß eine in dieser Situation erzwungene Aussage praktisch ohne Beweiswert wäre.

Anders ist dagegen die Situation beim Duldungspflichtigen. Er hat keine Möglichkeit, das Unter-

1) GrSSt, NJW 1959,445 zu § 81c StPO
2) Oben S.49 ff.

suchungsergebnis zu beeinflussen, auch wenn die Folgen für ihn selbst oder einen nahen Angehörigen so einschneidend sein sollen. Da es sich um die Feststellung eines objektiven Befundes handelt, ist das Ergebnis seiner Einwirkung völlig entzogen. Ein Konflikt zwischen Wahrheitspflicht und Selbsterhaltungstrieb oder Familiensinn scheidet deshalb bei ihm aus.

Infolge der Unbeeinflußbarkeit des Beweisergebnisses durch den Duldungspflichtigen ist dieses objektive Beweismittel für die Rechtsfindung aber auch besonders wertvoll. Gerade in Abstammungsprozessen, in denen sonst vielfach nur direkt Betroffene oder nahe Angehörige für die Aufklärung des Sachverhalts zur Verfügung stehen, kommt ihm deshalb besondere Bedeutung zu.

Eine analoge Anwendung der Zeugnisverweigerungsrechte auf das Untersuchungsverweigerungsrecht kommt auch deshalb nicht in Betracht, weil sonst das durch § 372a neu geschaffene Beweismittel der erbkundlichen Untersuchung völlig entwertet würde. In fast allen Fällen könnte sich nämlich einer der Beteiligten auf ein Untersuchungsverweigerungsrecht berufen und damit die Untersuchung unmöglich machen. Wenn das Ergebnis dem Kind nachteilig wäre, könnte sich die Mutter auf Grund ihrer verwandtschaftlichen Beziehung der Untersuchung entziehen, das Kind selbst, weil es unter Umständen einen finanziellen Nachteil erleiden würde. Im umgekehrten Fall könnte der als Vater in Anspruch Genommene oder eventuell auch ein Mehrverkehrszeuge aus dem gleichen Grund die Duldung verweigern. Ein derartiges Ergebnis widerspräche aber eindeutig dem Willen des Gesetzgebers. Es ließe sich auch nicht mit der besonderen Bedeutung vereinen, die der Feststellung der Abstammung im Interesse des einzelnen und der Allgemeinheit zukomme.

c) Konkretisierung der Zumutbarkeit

Die Frage nach der Zumutbarkeit einer Untersuchung wegen der Folgen ihres Ergebnisses für den Betroffenen selbst oder einen nahen Verwandten muß deshalb, wie in den anderen Fällen der Zumutbarkeit auch, durch eine inhaltliche Bestimmung dieses Prinzips im Hinblick auf die besonderen Erfordernisse und die spezifische Interessenlage dieses Rechtsinstituts beantwortet werden. Die Antwort kann dem Wesen des Prinzips entsprechend letztlich nur durch die Entscheidung im konkreten Fall gegeben werden, die sämtliche objektiven und subjektiven Gesichtspunkte berücksichtigt. Sie wird jedoch dadurch erleichtert und vorbereitet, daß die zumutbarkeits-rechtlichen Grundgedanken und die allgemeingültigen Gesichtspunkte gerade dieses Problemkreises herausgearbeitet und die erfahrungsgemäß typischen Situationen analysiert und erfaßt werden.

aa) Die allgemeinen Grundsätze

(1) Die zumutbarkeits-rechtliche Grundsituation in § 372a ZPO

Die obigen Untersuchungen haben gezeigt, daß der Duldungspflichtige, der sich für eine Untersuchung zum möglichen eigenen Nachteil oder dem eines nahen Verwandten zur Verfügung stellen muß, nicht in die gleiche Konfliktlage gedrängt ist wie ein Zeuge in der entsprechenden Situation. Da er das Ergebnis der Untersuchung nicht beeinflussen kann, weil es auf objektiven naturwissenschaftlichen Erforschungsmethoden beruht und vom Willen und den Absichten des zu Untersuchenden gänzlich unabhängig ist, kommt er mit seiner Wahrheitspflicht nicht in Widerstreit[1]. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, daß auch er in diesem Fall in eine Konfliktssituation geraten kann.

---

1) LG Flensburg, MDR 1953,114

Zwar rührt sie nicht, wie der BGH meint, an sein Gewissen. Da er keine Möglichkeit hat, der Untersuchung auszuweichen oder ihr Ergebnis zu beeinflussen, wird sein Gewissen nicht belastet. Er wird jedoch in seinen Gefühlen verletzt.

Es ist für den Betroffenen eine seelische Belastung zu wissen, daß er an einem Beweisakt zum Nachteil eines nahen Angehörigen oder seiner selbst teilnehmen und so mit seiner Person zum Prozeßverlust oder anderen mißlichen Folgen beitragen muß. Dies ist besonders gravierend, wenn die Untersuchung für den Betroffenen selbst einschneidende Folgen haben kann.

Die Gefühlssphäre des Menschen ist aber gleichfalls schutzwürdig. Gefühle und Empfindungen sind neben Geist und Willen die Grundkräfte der Seele. Sie gehören zum Persönlichkeitsbereich des Menschen und sind deshalb im Rahmen des Persönlichkeitsrechts geschützt [1]. So wie das Zeugnisverweigerungsrecht eine übermäßige Belastung der Willenssphäre verhindern will, so muß der einzelne durch das Untersuchungsverweigerungsrecht gegen übermäßige Eingriffe in diese inneren Werte geschützt werden [2]. Über diese Konfliktslage, in die der Duldungspflichtige geraten kann, darf sich der Staat nicht einfach hinwegsetzen, indem er den Betroffenen zur Duldung der Untersuchung zwingt. Soweit es mit den Interessen der Allgemeinheit und denen der übrigen Beteiligten vereinbar ist, muß es der freien, selbstverantwortlichen Entscheidung des einzelnen überlassen bleiben, welchen Weg er in diesem Dilemma gehen will [3].

Diese zumutbarkeits-rechtliche Grundsituation der Untersuchungsverweigerungsrechte im Hinblick auf die Folgen des Ergebnisses wird von den Gerichten

---

1) Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 1953, S.207
2) Nipperdey, Ufita 1960,16
3) BGH, aaO

vielfach nicht gesehen. Sie stellen bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Untersuchung allein darauf ab, ob das Interesse des Betroffenen am Nichteintritt der nachteiligen Folgen - so z.B. das Interesse, wegen einer falschen Aussage als Zeuge nicht strafrechtlich verfolgt zu werden - stärker wiegt als die Interessen, die auf der anderen Seite die Untersuchung fordern [1].

Damit wird aber das Problem dieser Untersuchungsverweigerungsrechte verkannt. Es geht ja nicht darum, daß die aus der Untersuchung sich ergebenden Folgen als solche nicht zumutbar sind. Entscheidend ist, ob von dem einzelnen verlangt werden kann, an der Herbeiführung dieses Erfolges selbst mitzuwirken. Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 384 Nr.2 wird auch nicht deswegen gewährt, weil das Interesse des Zeugen, nicht bestraft zu werden, höher eingeschätzt wird als das Interesse der Rechtspflege an der Aufklärung des Sachverhalts, sondern weil es unzumutbar ist, von dem Zeugen zu verlangen, sich selbst auszuliefern.

(2) Abstufung der Zumutbarkeit entsprechend der Nähe des Betroffenen zum Prozeß

Ein Gesichtspunkt, der bei der Bewertung der Zumutbarkeit einer Untersuchung im konkreten Fall stets zu beachten ist, ist die Beziehung, in der der Duldungspflichtige zu dem umstrittenen Lebensverhältnis steht. Zwar statuiert § 372a die Duldungspflicht prinzipiell für "jede Person", ohne Rücksicht auf ihre Beteiligung am Prozeß. Nicht jeder zur Untersuchung Herangezogene nimmt jedoch die gleiche Stellung ein. Augenfällig zeigt sich dies in der verschiedenen prozessualen Rolle von Partei und Zeuge: die Parteien haben

---

[1]) OLG München, JZ 1952,427; OLG Nürnberg, NJW 1955,883; vergl. im übrigen die nachfolgenden Ausführungen über die einzelnen Fälle möglicher Untersuchungsverweigerungsrechte

grundsätzlich eine engere Beziehung zum Prozeß. Sie stehen der Sache, um die es geht, näher. Allerdings gilt dieser Satz nicht ausnahmslos. So hat im Vaterschaftsprozeß der Mehrverkehrer, obwohl er prozessual Zeuge ist, die gleiche Stellung wie derjenige, der mehr oder weniger zufällig als "Zahlvater" in Anspruch genommen wird. Der "Zeuge" könnte ja ebenso gut Partei sein.

Sehr nahe steht dem Geschehen des Prozesses auch die Kindsmutter, während z.B. das Verhältnis der Großeltern, die mit in die Untersuchung hineingenommen werden, um ein besseres, exakteres Ergebnis zu bekommen, zum Verfahren sehr viel lokkerer ist[1].

Je näher aber eine Person dem umstrittenen Lebensverhältnis steht, desto weiter erstreckt sich ihre Pflicht zur Mitwirkung an der Aufklärung der Wahrheit. Die Intensität des Pflichtanspruchs ist verschieden stark. Dieser Umstand wirkt sich bei der Prüfung des in § 372a eingebauten Korrektives der Zumutbarkeit aus[2]. Der Maßstab, der an die Zumutbarkeit zu legen ist, ist strenger, je näher der Betroffene dem Prozeß steht und umgekehrt[3]. Dieser Gedanke hat seinen Niederschlag auch beim Zeugnisverweigerungsrecht gefunden, wo § 385 bestimmten Personen das durch die §§ 382, 384 zuerkannte Zeugnisverweigerungsrecht wegen ihrer besonderen Nähe zu dem zu bekundenden Vorgang versagt[4].

---

1) Diese Fälle kommen öfters vor, seitdem den Untergruppen C - D - E Beweiskraft zuerkannt wird
2) Bosch, DRiZ 1951,110
3) Nathan, Anm.zum Urteil d.OLG Dresden, NJ 1949,66
4) Vergl. oben S.57. - Vergleiche lassen sich auch mit dem Rechtsinstitut der Verwandtschaft ziehen, deren unterschiedliche Nähe sich auf die Recht- und Pflichtenstellung entsprechend auswirkt, z.B. beim Erbrecht und der Pflicht zur Leistung von Unterhalt.

bb) Die typischen Konfliktslagen im Einzelfall

(1) Die Gefahr des Prozeßverlustes

Die wohl regelmäßige Folge eines Untersuchungsergebnisses in einem Abstammungsstreit ist der Verlust des Prozesses für eine der beteiligten Parteien. Damit muß jede Partei rechnen. Diese aus der Teilnahme an einer erbkundlichen Untersuchung entspringende Gefahr des Prozeßverlustes will MEYER [1] schon genügen lassen für die Begründung der Unzumutbarkeit der Untersuchung im Hinblick auf die Folgen ihres Ergebnisses. Folgte man dieser Ansicht, so bedeutete dies, daß eine Untersuchung praktisch überhaupt nicht mehr erzwungen werden könnte. Die Eigenart der Beweisführung nach § 372a erfordert stets die Beteiligung der Parteien und deren nahen Angehörigen an der Untersuchung, wenn sie Erfolg haben soll. Da das Beweisergebnis in der Regel für eine Partei ungünstig ist, wurde die Partei natürlich von ihrem Weigerungsrecht Gebrauch machen, die einen Nachteil zu befürchten hätte. Damit würde § 372a "jeglicher Bedeutung entkleidet" [2]. Was man der Rechtspflege mit der Einführung des § 372a gegeben hätte, würde man ihr durch diese ungebührliche Ausdehnung der Weigerungsrechte wieder nehmen.

Dies kann nicht Sinn und Zweck des Gesetzes sein. Die Folgen, die mit der Findung der materiellen Wahrheit im Abstammungsprozeß verbunden sind, die unmittelbar, von vornherein klar und überschaubar aus dem Ergebnis der Untersuchung entspringen können, wie z.B. Verlust der Stellung als eheliches Kind, Verlust eines Unterhaltsanspruchs, Verpflichtung zur Leistung von Alimenten usw., müssen von den Betroffenen in Kauf genommen werden. Dies gilt auch für den Fall, daß ein Zeuge schon durch rechtskräftiges Urteil als "Zahlvater"

1) DRiZ 1951,34
2) OLG Köln LMBl NRW 1951,54

ausgeschlossen wurde [1].

Die Auffassung MEYERs wird deshalb in Literatur und Rechtsprechung auch einhellig abgelehnt [2]. Das Problem, ob eine Untersuchung noch zumutbar ist, stellt sich erst dann, wenn sich aus ihr Konsequenzen ergeben, die über die unmittelbar mit der Abstammungsfeststellung verknüpften rechtlichen Folgen hinausgehen [3].

(2) Die Gefahr wirtschaftlicher Nachteile und des Existenzverlustes

Wird eine Untersuchung dadurch unzumutbar, daß für den Betroffenen hieraus wirtschaftliche, insbesondere finanzielle Nachteile entstehen? Bei dieser Fragestellung ist zu beachten, daß es hierbei nicht um die finanziellen Einbußen geht, die sich aus dem Urteil ergeben, das in dem betreffenden Rechtsstreit ergeht, z.B. infolge der Verurteilung zur Zahlung von Alimenten. Insoweit handelt es sich um die unmittelbaren Folgen des Prozesses, die - wie oben ausgeführt - kein Untersuchungsverweigerungsrecht begründen. Gemeint

---

1) OLG Nürnberg, NJW 1955,1883. Wirtschaftliche Gesichtspunkte scheiden hier sowieso aus; denn - wie Beitzke in der Anm.zu diesem Urteil zutreffend ausführt -, besteht nach der Rspr. des BGH nicht die Gefahr, daß nach Verlust des Abstammungsprozesses der frühere Unterhaltsrechtsstreit wieder aufgenommen wird: BGHZ 5,386; NJW 1953,1545; FamRZ 1954, 170; NJW 1955,1107; a.A. aber AG Deggendorf, FamRZ 1957,178 und LG Stuttgart, NJW 1959,296, gestützt auf die in der Lit. vorherrschende Gegenmeinung: Bochum, NJW 1957,1390; Bosch, FamRZ 1957,181; Büttner, ZZp 71, 1 ff, 62 ff; Habscheid, FamRZ 1957,61; Jauernig,NJW 1957,1391; Rosenberg,S.788; Schwab, JZ 1954,273; ders. ZZP 68,121 und NJW 1956,648

2) Bosch, DRiZ 1951,107; Dünnebier, JZ 1952,427; Niemeyer,MDR 1952,199; OLG Köln, JMBl NRW 1951,54 und NJW 1952,149; OLG Nürnberg, NJW 1953, 1875; OLG Stuttgart, MDR 1957,553; LG Flensburg, MDR 1953,114

3) Stein-Jonas-Schönke, Anm.III 2 b ß zu § 372a. Ergibt sich aber aus d. Feststellung d.Abstammung für eine sonstige Person die Gefahr eines Prozeßverlustes, dann handelt es sich insoweit um m i t t e l b a r e Folgen, die ggf. ein Untersuchungsverweigerungsrecht begründen können. Unzutreffend daher OLG Nürnberg, NJW 1953,1874 = BayJMBl 1953,271, wonach die Gefahr des ungünstigen Ausgangs des Eheaufhebungsverfahrens zum Nachteil der Mutter das Kind im Ehelichkeitsanfechtungsprozeß nicht zur Weigerung berechtige.

sind vielmehr die wirtschaftlichen Nachteile, die sich mittelbar aus einer solchen Untersuchung ergeben. Ein Sohn kann Gefahr laufen, enterbt zu werden, wenn sich durch die Untersuchung erweisen sollte, daß er der Vater eines unehelichen Kindes ist, ein Geschäftsmann kann eine lukrative Geschäftsverbindung verlieren und dergl. mehr[1].

Eine wertende Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen führt zu dem Ergebnis, daß solche finanziellen Einbußen grundsätzlich nicht zur Verweigerung der Untersuchung berechtigen[2]. Die ideellen Interessen des einzelnen und der Gesamtheit an der Findung der objektiven Wahrheit im Abstammungsprozeß überwiegen im allgemeinen die rein materiellen Interessen des Betroffenen, der deshalb die mit der Untersuchung verbundenen wirtschaftlichen Einbußen in Kauf nehmen muß. Die Konfliktsituation, in die der Betroffene hier gerät, ist nicht so stark, daß damit die Unzumutbarkeit schon begründet würde.

Doch ist auch hier zu beachten, daß die letzte Entscheidung immer nur unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalles erfolgen kann. Hat der Betroffene an sich mit dem Fall überhaupt nichts zu tun - seine Untersuchung erfolgt nur unterstützend wegen seiner Verwandtschaft mit einem Beteiligten -, dann können finanzielle Nachteile, die sich eventuell deswegen ergeben, weil durch

---

1) Solche mittelbaren wirtschaftlichen Einbußen, die unter Umständen die Unzumutbarkeit der Untersuchung begründen, sind jedoch auch nicht diejenigen, die der Duldungspflichtige vielleicht deswegen erleidet, weil er sich zur Durchführung der Untersuchung längere Zeit an einem bestimmten Ort dem Sachverständigen zur Verfügung halten muß. Dies folgt schon aus dem Wortlaut des § 372a. Der finanzielle Nachteil ist hier nicht die Folge des Untersuchungs e r g e b n i s s e s , sondern der mit der Durchführung der Untersuchung verbundenen zeitlichen Belastung. Ein Untersuchungsverweigerungsrecht im eigentlichen Sinn kann hier nicht entstehen. Es geht vielmehr um die ganz andere formelle Frage, ob der Betroffene berechtigt ist, zu dem angesetzten Untersuchungstermin nicht zu erscheinen. Sie ist entsprechend der für den Zeugen in § 381 getroffenen Regelung dann zu bejahen, wenn "sein Ausbleiben genügend entschuldigt ist".

2) OLG Frankfurt, NJW 1955,110

die Untersuchung eine alte Verfehlung aufgedeckt wird, im konkreten Fall doch die Untersuchung unzumutbar machen.

Eine grundsätzlich andere Beurteilung greift dann Platz, wenn die Folgen einer Untersuchung die Berufsstellung, die Existenz einer Person gefährden [1]. Hiervon kann z.B. eine Erziehungsperson betroffen sein, die in einen Vaterschaftsprozeß verwickelt wird [2]. Der Betroffene wird in diesem Fall nicht nur in seinen wirtschaftlichen, materiellen Interessen tangiert. Der Beruf, der Arbeitsplatz ist nicht nur eine Einnahmequelle und Verdienstmöglichkeit.

Der Mensch als soziales Wesen ist dahin bestimmt, mit der Erfüllung seines Berufes seinen Platz in der Gesellschaft einzunehmen. Die berufliche Existenz gehört zum Persönlichkeitsbereich, weil der Mensch in ihr seinen sozial-ethischen Wert begründet. Sie ist damit ein Leben, Leib und Freiheit gleichgestelltes Rechtsgut [3]. Der Mensch strebt danach, seine Berufsstellung zu erhalten, zu verbessern und auszubauen. Das Verlangen, sich für eine Untersuchung zur Verfügung zu stellen, muß deshalb dort eine Grenze finden, wo der einzelne dadurch an der Gefährdung seiner Existenz mitwirken müßte [4] [5].

---

1) Bosch, SJZ 1947,324
2) LG Flensburg, MDR 1953,114
3) BVerwG, NJW 1958,1793
4) OLG Hamburg, NJW 1953,1873 = MDR 1954,46: so grundsätzlich wohl auch LG Flensburg, aaO, das jedoch in concreto eine Gefahr deswegen als nicht gegeben erachtete, weil die Verfehlung des Zeugen schon 11 Jahre zurücklag.
5) Diese Grenzlinie der Zumutbarkeit ist uns im Laufe unserer Untersuchung des Zumutbarkeitsprinzips schon einmal begegnet beim Problem des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Auch dort wurde in der Rechtsprechung die Gefahr des Existenzverlustes als die absolute Grenze empfunden für die Weiterverfolgung vertraglicher Ansprüche bei veränderten Umständen: vergl. oben S.7/8

(3) Gefahr für Ehe und Familie

Als unzumutbar ist eine Untersuchung dann zu beurteilen, wenn als Folge des Ergebnisses die Gefahr einer Zerrüttung oder gar Zerstörung der Ehe oder des Familienlebens besteht. So kann z.B. die Ehe gefährdet sein, wenn durch die Untersuchung eine Eheverfehlung eines der Ehegatten aufgedeckt würde.

Ehe und Familie gehören zu den Grundwerten des menschlichen Lebens. Sie sind auch durch Art.6 I GG, dessen Charakter als wertentscheidende Grundsatznorm für das gesamte, die Ehe und Familie betreffende Recht das Bundesverfassungsgericht [1] festgestellt hat, gegen störende und schädigende Eingriffe des Staates geschützt [2].

Der Mensch, der von Natur aus in die Familie hineingestellt ist und der die dadurch geschaffenen Bande als etwas Heiliges und Unantastbares empfindet, wäre überfordert, wollte man von ihm verlangen, selbst an der Zerstörung seines Lebenszentrums mitzuwirken [3]. Die Gefahr, daß durch das Ergebnis einer Untersuchung die Ehe oder die Familienverhältnisse zerrüttet werden, macht deshalb die Duldung der Untersuchung für den Betroffenen grundsätzlich unzumutbar.

(4) Die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung

a) Schon während der Geltung des Art.III § 9 Gesetz 1938, der ersten gesetzlichen Regelung der Untersuchungsduldungspflicht, war die Frage um-

---

1) NJW 1957,417
2) BVerfG 6,386
3) OLG Hamburg, NJW 1953,1873 MDR 1954,46, das allerdings im konkreten Fakt eine Gefahr für die Ehe nicht als gegeben ansah, weil die angebliche Eheverfehlung schon zehn Jahre zurücklag. Ebenso LG Flensburg, MDR 1953,115; Bosch, SJZ 1947,324; a.A. OLG Nürnberg, NJW 1953,1874 = BayJMBl 1953,271; LG Stuttgart, MDR 1953,370; das die Auffassung vertritt, die Gefahr der Ehezerrüttung sei schon durch die Zustellung der Ladung begründet und nicht erst im Hinblick auf das Ergebnis der Untersuchung!; Beitzke, NJW 1955,1883; Rosenberg, S.551

stritten, ob die dem zu Untersuchenden selbst oder einem nahen Angehörigen drohende Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung einen "triftigen Grund" darstelle für die Weigerung, eine erbkundliche Untersuchung zu dulden[1]. Als Straftaten, die durch eine solche Untersuchung aufgedeckt werden können, kommen hierbei in Frage vor allem die falsche uneidliche Aussage und Meineid (§§ 153, 154 StGB), Ehebruch (§ 172 StGB), das Delikt der Personenstandsfälschung (§ 169 StGB) und Prozeßbetrug (§ 263 StGB). Dieser Streit wurde dann durch § 7 VO 1943 dahin entschieden, daß das Bestehen dieser Gefahr kein Weigerungsrecht begründe.

Mit der Einführung des § 372a ist diese Diskussion wieder aufgelebt unter dem Aspekt der Zumutbarkeit oder Unzumutbarkeit einer Untersuchung angesichts der drohenden Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung.

Eine Lösung dieses Problems auf rein formalem Wege ist nicht möglich. Der Gesetzgeber hat zwar in die jetzt gültige Fassung der Vorschrift die ausdrückliche Bestimmung des § 70 VO 1943, die in diesem Fall ein Untersuchungsverweigerungsrecht absolut ausschloß, nicht aufgenommen. Hieraus kann jedoch nicht gefolgert werden, daß damit die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung generell als Weigerungsgrund anzuerkennen sei[2]. Dafür gibt der Wortlaut des § 372 keinen Anhalt. Verfehlt ist jedoch auch der in die entgegengesetzte Richtung gehende Schluß des OLG Hamburg[3], aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber in § 372a Abs.2 nicht auf § 384 verwiesen habe, gehe hervor, "daß der Gesetzgeber die in § 384 genannten Gründe zur Verweigerung des Zeugnisses grundsätzlich als zumutbar im Sinne des § 372a I ZPO angesehen habe".

---

1) Vergl. oben S.61
2) OLG Köln, JMBl NRW 1951,137
3) NJW 1953,1873

Abgesehen davon, daß von einem eindeutigen und klaren Willen des Gesetzgebers in bezug auf die "Zumutbarkeit einer Untersuchung" wirklich nicht gesprochen werden kann[1], ist der Wille des Gesetzgebers für die Auslegung eines Gesetzes nicht entscheidend. Maßgebend ist vielmehr der in der Gesetzesbestimmung zum Ausdruck kommende o b j e k t i v i e r t e Wille des Gesetzgebers[2], der objektive Normgehalt[3].

Der subjektive Wille des Gesetzgebers ist nur insofern von Bedeutung, "als er die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen erhaltenen Auslegung bestätigt oder Zweifel, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können, beseitigt"[4].

Aus der Entstehungsgeschichte des § 372a ergibt sich aber gerade, daß der Wille des Gesetzgebers auf eine Einschränkung der Duldungspflicht gerichtet war, ohne jedoch zu einzelnen Untersuchungsverweigerungsrechten Stellung zu nehmen[5]. Aus der Änderung der Wortfassung, aus dem in ihr zum Ausdruck kommenden objektivierten Willen des Gesetzgebers kann daher nur der Schluß gezogen werden, daß auch diese Frage allgemein unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit, durch die Grenzziehung zwischen Pflicht und Freiheit, zwischen Kollektivismus und Individualismus mit dem Mittel der Rechtsauslegung nach dem Grundsatz wertgebundener Rechtsauffassung zu lösen ist[6].

b) aa) Die Meinung der Literatur ging zunächst dahin, die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung begründe ein Untersuchungsverweigerungsrecht, weil die Duldung der Untersuchung unter diesen

---

1) Vergl. oben S.92
2) BVerfG, NJW 1952,737
3) Boehmer, NJW 1949,52
4) BVerfG, aaO
5) Vergl. oben S.92
6) OLG Köln aaO

Umständen unzumutbar ist. Mit besonderem Nachdruck vertrat NATHAN [1] diese Auffassung. Er begründete sie damit, daß zumindest insoweit, als die Frage des Zwangs zur Selbstbezichtigung zur Diskussion stehe, Zeugnisverweigerungsrecht und Untersuchungsverweigerungsrecht gleichzustellen seien. Es komme letztlich auf das gleiche heraus, "ob jemand mittels seiner geistigen Fähigkeiten, d.h. als Zeuge, oder mittels seiner Körpermerkmale, also im Wege der Augenscheinerstattung, für eine bestimmte Aussage zeugen soll".

BOSCH legte § 372a dahin aus, daß die Bundesrepublik damit das Persönlichkeitsrecht achten und die Duldungspflicht dort beseitigen wollte, wo sie sich als "Pflicht zur Selbstbezichtigung" oder Bezichtigung naher Verwandter auswirken könne [2]. Auch BECKER [3] und DÜNNEBIER [4] erblickten in § 372a im Vergleich mit den vorhergehenden Regelungen eine dahingehende Entscheidung des Gesetzgebers [5].

bb) Die Rechtsprechung hat dagegen ein Untersuchungsverweigerungsrecht aus diesem Grund von vornherein verneint. Die Gerichte sind einhellig der Meinung, die Duldung einer erbkundlichen Untersuchung sei auch dann zumutbar, wenn infolge des Untersuchungsergebnisses die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung bestehe [6]. Die Entschei-

---

1) NJW 1950,13
2) DRiZ 1951,107
3) Unsere Jugend 1951,15
4) Anm.z.Urteil OLG München, JZ 1952,427
5) Ebenso Stein-Jonas-Schönke, II 2 b ß zu § 372a; Rosenberg, 5.Aufl., S.529; einschränkend Pohle, MDR 1950,644, weil im allgemeinen das Interesse der Parteien und der Rechtspflege an der Feststellung der Wahrheit dem Interesse des Duldungspflichtigen vorgehen dürfte
6) OLG Dresden, JR 1949,453, allerdings zu Art.III § 9 Ges.38 mit abl. Anm.von Nathan; OLG Hamburg, NJW 1953,1873, OLG Hamm, JMBl NRW 1952, 167, OLG München, JZ 1952,426; OLG Nürnberg, NJW 1955,1883 mit zust. Anm.v.Beitzke, OLG SchlH, SchlHA 1949,345; OLG Stuttgart, ZZP 65,157, das es in einer späteren Entscheidung, NJW 1957,1405, allerdings dahingestellt sein läßt, "ob dieser strengen Auffassung allgemein zu folgen ist"; LG Flensburg, MDR 1953,114; LG Stuttgart, MDR 1953,370; LG Zweibrücken, MDR 1950,172

dungen stützen sich alle auf folgende Argumente:

Da der Beweis nach § 372a Augenscheinsbeweis und damit vom Willen des Betroffenen unabhängig sei, befinde sich der Duldungspflichtige nicht wie der Zeuge, der sich selbst oder einen nahen Angehörigen bezichtigen müßte, in einer die Unzumutbarkeit begründenden Konfliktsituation. Anstelle des aktiven Tuns des Zeugen habe er nur ein passives Verhalten zu leisten. Die Frage der Zumutbarkeit sei deshalb durch eine "Güterabwägung" zu entscheiden [1]. Hierbei sei aber das Interesse der Allgemeinheit und der Parteien an der Wahrheitsfindung im Prozeß und besonders an der Aufklärung der wahren Abstammungsverhältnisse regelmäßig höher zu bewerten sind als das Interesse der Betroffenen, nicht bestraft zu werden, wenn auch die Kriminalstrafe, zumindest die Freiheitsstrafe, den Täter letzten Endes in seiner Menschenwürde treffe.

Diese Auslegung des Gesetzes werde auch allein Sinn und Zweck der Vorschrift gerecht, im Abstammungsprozeß die materielle Wahrheit möglichst weitgehend zu erforschen [2]. Würde man die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung für sich allein genügen lassen, die Unzumutbarkeit zu begründen, so würde dem § 372a seine Bedeutung genommen [3].

cc) Diese Ausdehnung der Untersuchungsduldungspflicht durch die Rechtsprechung ist nicht rechtens. Sie beruht vor allem darauf, daß die Konfliktslage nicht richtig gesehen wird, in der sich der Betroffene tatsächlich befindet, der sich zu einer Untersuchung zur Verfügung stellen soll, obwohl er selbst oder ein naher Angehöriger Gefahr läuft, auf Grund des Untersuchungs-

1) Vergl. vor allem die eingehende Begründung der Entscheidung OLG München JZ 1952,427
2) OLG Köln, JMBl NRW 54,137
3) OLG Hamburg, NJW 53,1873; ebenso Beitzke, Vaterschaftsgutachten, S.24; Pohle, MDR 1950,644; Rosenberg, 7.Aufl., S.550; Wieczorek, Anm.D II a zu § 372a

ergebnisses strafgerichtlich verfolgt zu werden. Wenn sie auch nicht identisch ist mit derjenigen, in der sich ein Zeuge in der gleichen Situation befindet, so haben doch die Untersuchungen (oben S.96 ff) gezeigt, daß der Duldungspflichtige in eine Konfliktsituation gerät, wenn er mit seiner Person bei etwas mitwirken muß, das für ihn selbst oder einen Angehörigen Schaden nach sich ziehen kann. Besteht dieser "Nachteil in einer strafgerichtlichen Verfolgung, dann geht das Verlangen, sich trotzdem noch der Untersuchung zu unterziehen, über das zumutbare Maß hinaus. Die Beeinträchtigung in der zum Persönlichkeitsbereich gehörenden Gefühlswelt ist hier zu stark.

Diesen Konflikt unter dem Aspekt der Güter- und Interessenabwägung zu sehen, ist verfehlt. Daß das Interesse an der Wahrheitsfindung und der Aufklärung der Abstammungsverhältnisse höher liegt als das Interesse, eine verdiente Strafe zu erleiden, ist selbstverständlich. Aber darum geht es hier ja nicht, sondern um den personalen Konflikt, in den der Duldungspflichtige gerät. Eine Rechtsordnung, die den Menschen als Persönlichkeit anerkennt, kann sich über diesen Konflikt nicht einfach hinwegsetzen. Insofern ist NATHAN [1] zuzustimmen, daß in diesem Fall der "Selbstbezichtigung" Zeuge und Duldungspflichtiger gleichzustellen sind.

Eine Ausnahme hat allerdings für den wohl häufigsten Fall zu gelten, wenn nämlich die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung deswegen besteht, weil ein Zeuge in dem anhängigen Rechtsstreit eine falsche mündliche oder eidliche Aussage gemacht hat, z.B. wenn die Kindsmutter im Alimenteprozeß wahrheitswidrig Mehrverkehr in Abrede gestellt hat. Derjenige, der seine Zeugnispflicht verletzt hat, in unserem Beispiel also die Kindsmutter, kann die Duldung einer Untersuchung nicht

---

1) NJW 1950,13

mit der Begründung verweigern, es drohe ihr andernfalls eine Strafe wegen falscher Aussage.[1] Die Versagung eines Untersuchungsverweigerungsrechts in diesem Fall ist deshalb gerechtfertigt, "weil der Betroffene mit seiner falschen Aussage gerade gegen das Rechtsinteresse verstößt, das durch § 372a eine besondere Stärkung erfahren sollte, nämlich das Interesse an der Erforschung der materiellen Wahrheit im Abstammungsprozeß".[2]

Der bewußte Verstoß gegen die Wahrheitspflicht und die dadurch verursachte Beweisvereitelung kann nicht die Unzumutbarkeit der Untersuchung begründen.

Die Zuerkennung eines Untersuchungsverweigerungsrechtes verbietet sich hier auch deshalb, weil man es andernfalls dem Betroffenen in die Hand gäbe, sich durch sein pflichtwidriges Verhalten im Prozeß ein Untersuchungsverweigerungsrecht zu verschaffen. Da eine erbkundliche Untersuchung nur angeordnet werden darf, wenn sie e r f o r d e r l i c h ist, zuvor also alle anderen Beweismittel, auch die vorhandenen Zeugenbeweise, erschöpft sein müssen, könnte sich ein Zeuge geradezu ermuntert fühlen, durch eine falsche Aussage sich um eine Untersuchung zu drücken.

Diese Einschränkung des Untersuchungsverweigerungsrechts gilt auch für das als Prozeßpartei beteiligte Kind, wenn dessen Mutter als Zeugin die Unwahrheit gesagt hat. Denn auch wenn der Prozeß von dem Kind bzw. dessen Vormund geführt wird, so handelt es sich praktisch doch um einen Prozeß der Mutter. Allein auf ihre Angaben stützt sich das Verfahren, und das Kind kann nur das vorbringen, worüber es die Mutter informiert hat. "Kind und Mutter sind in diesem Fall identisch, und deshalb kann man dem Kind hier kein Unter-

---

1) Dünnebier, JZ 1952,427; Niemeyer, MDR 1952/199; Stein-Jonas-Schönke, Anm.III 2 L ß zu § 372a
2) OLG Köln, JMBl NRW 1951,137

suchungsverweigerungsrecht zubilligen, wo man es der Mutter versagt"[1].

Dagegen bleibt das Untersuchungsverweigerungsrecht für sonstige nahe Angehörige auch in diesem Fall bestehen. Für sie ist die Konfliktslage die gleiche, ob nun die Bestrafung wegen eines Deliktes erfolgt, das vor dem Prozeß, oder wegen einer Straftat, die während des Prozesses begangen wurde.[2] Dagegen läßt sich nicht anführen, der Zeuge, der vorsätzlich falsch aussagt, habe diese Schonung nicht verdient. Bei der Frage der Zumutbarkeit einer Untersuchung geht es nicht darum, ob ein Übeltäter seiner Bestrafung entzogen werden soll, sondern es geht um die Person des von der Untersuchung Betroffenen, ob von ihm trotz einer bestehenden Konfliktsituation die Duldung einer Untersuchung verlangt werden kann.

dd) Der hier vertretenen Auffassung kann nichts entgegen gehalten werden, damit würde § 372a seines Zweckes entkleidet. Dieser Einwand kann schon grundsätzlich nicht durchgreifen. Wenn der Gesetzgeber die Duldungspflicht nur mit der Einschränkung statuiert hat, daß eine Untersuchung im Hinblick auf die Folgen ihres Ergebnisses zumutbar sein muß, dann kann man diesen Vorbehalt doch nicht einfach mit der Argumentation beiseite schieben, die Vorschrift wäre bei Beachtung dieser Einschränkung in der Mehrzahl der Fälle zwecklos. Im Gegenteil ist festzustellen, daß mit der Auslegung des § 372a durch die Praxis die im Gesetz enthaltene Einschränkung, soweit sie sich auf persönliche Gründe - also die Zumutbarkeit - bezieht, gegenstandslos[3] und damit die gesetzgeberische Funktion des § 372a weitgehend zunichte gemacht wird[4].

---

1) Dünnebier, JZ 1952,427
2) Dünnebier, aaO; a.A. Niemeyer, aaO
3) Wieczorek, D II b § 372a
4) Schönke-Schröder-Niese, S.282

Die Bedenken der Rechtsprechung sind aber auch faktisch nicht begründet. Beachtet man im Wege der gebotenen differenzierten Anwendung des Zumutbarkeitsprinzips die oben gemachte Ausnahme, dann kann § 372a sehr wohl seinen Zweck erfüllen. Die Entscheidungen zeigen, daß es bei dem Untersuchungsverweigerungsrecht wegen der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung überwiegend um den Fall geht, daß ein Zeuge - vor allem die Kindsmutter - falsch ausgesagt hat. Da hier ein Untersuchungsverweigerungsrecht dem Betroffenen selbst und auch dem Kind, wenn seine Mutter die Betroffene ist, nicht zusteht, sondern nur den (anderen) nahen Angehörigen, wird eine Untersuchung aus diesem Grund nur selten blockiert werden; denn die Beteiligung naher Angehöriger am Verfahren ist nicht allzu häufig.

Dieses Untersuchungsverweigerungsrecht wird dann allein noch in den Ehelichkeitsanfechtungsprozessen eine größere Rolle spielen. Hier ist vielfach mit der Feststellung der nichtehelichen Abstammung die Gefahr einer Bestrafung wegen Ehebruchs verbunden. Eine zu starke Einschränkung erbkundlicher Untersuchungen dürfte sich jedoch auch hier nicht ergeben. Die Unzumutbarkeit wird nicht allein durch die theoretisch bestehende Möglichkeit einer strafgerichtlichen Verfolgung begründet. Es muß vielmehr nach den gegebenen Umständen eine wirkliche G e f a h r bestehen. In vielen Fällen wird diese aber zu verneinen sein [1]. Selbst wenn sich aber tatsächlich eine Erschwerung der Wahrheitsfindung in diesen Fällen ergeben sollte, dann rechtfertigte dies es nicht, den Schutz des Betroffenen vor unzumutbaren Eingriffen völlig auszuhöhlen.

(5) Gefahr der Unehre

Wenn man sich mit der Frage befaßt, ob die mit dem Untersuchungsergebnis verbundene Gefahr der

1) Vergl. z.B. LG Flensburg, MDR 1953,115: die Eheverfehlung lag hier 11 Jahre zurück

"Unehre" ein Untersuchungsverweigerungsrecht begründet, dann muß man sich darüber im klaren sein, daß es hier - ebenso wie beim Zeugnisverweigerungsrecht - nicht wirklich um die "Ehre" geht, sondern um den g u t e n R u f , das Ansehen, das jemand in der Gesellschaft genießt[1]. Das Untersuchungsergebnis als solches erbringt gerade den Beweis dafür, ob sich der Betroffene unehrenhaft verhalten hat oder nicht[2]. Hieraus kann sich als Folge eine Schmälerung des Ansehens, eine Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Stellung ergeben.

Die Rechtsprechung hält auch diese Folgen stets für zumutbar[3]. Diese Auffassung ist angesichts des Standpunkts, den die Gerichte in der Frage der strafgerichtlichen Verfolgung einnehmen, selbstverständlich. Die bloße Rufschädigung stellt gegenüber einer Kriminalstrafe ein Minus dar. Aber auch hier läßt sich diese Ansicht in dieser Allgemeinheit nicht halten. Wenn auch niemand Anspruch darauf erhebt, daß sein "guter Ruf" - zu Unrecht - erhalten bleibt, so kann doch im einzelnen Fall das Verlangen, sich selbst oder einen nahen Angehörigen bloßzustellen, eine unzumutbare Forderung darstellen. Eine starke Beeinträchtigung des Ansehens, zumal der Verlust einer gesellschaftlichen Stellung, sind Folgen, die den Menschen, der als soziales Wesen auf den mitmenschlichen Kontakt angewiesen ist, ebenso hart treffen können wie eine kriminelle Strafe.

Wann allerdings die Grenze des Zumutbaren erreicht ist, kann nicht generell, sondern nur auf Grund der Umstände des Einzelfalles entschieden werden.

---

1) Vergl. oben S.55 ff
2) Nathan, NJ 1949,66
3) OLG Dresden, JR 491,453; OLG Hamburg, MDR 53,1873; OLG Köln, JMBl NRW 1951,43; OLG SchlH, SchlHA 49,345; zust. Rosenberg, S.550; Wieczorek, Anm.D II a zu § 372a

Grundsätzlich sind die Folgen, die sich unmittelbar aus dem Prozeßausgang ergeben, z.B. die Feststellung der unehelichen Abstammung, die Tatsache des außerehelichen Geschlechtsverkehrs, als zumutbar anzusehen. Abgesehen davon, daß die Gesellschaft in der Bewertung dieser Tatbestände im allgemeinen sehr tolerant ist, ergibt sich diese Auslegung hier aus Sinn und Zweck des § 372a. Wollte man hier dem Betroffenen stets ein Untersuchungsverweigerungsrecht zuerkennen, dann wäre diese Vorschrift wirklich lahmgelegt.

Aus einer Untersuchung können sich jedoch hinsichtlich des guten Rufs und des Ansehens Folgen ergeben, die mit dem Prozeß in keinem inneren Zusammenhang stehen, wenn z.B. durch die Untersuchung festgestellt wird, daß der Duldungspflichtige geschlechtskrank ist oder wenn bei der Untersuchung von Eltern oder Großeltern in deren Bereich der Tatbestand einer außerehelichen Empfängnis - trotz formeller Ehelichkeit - aufgedeckt werden könnte. In diesen Fällen kann es dem Betroffenen nicht zugemutet werden, selbst an der Aufdeckung dieser für ihn unehrenhaften Tatsachen mitzuwirken [1]. Das gleiche gilt für nahe Angehörige, denen dieser Konflikt erspart werden muß.

Sehr wesentlich für die Beurteilung des Einzelfalles wird gerade hier die Stellung sein, die der einzelne zum Verfahren hat. Dem unmittelbar am Prozeß Beteiligten und Interessierten ist es eher zuzumuten, eine Minderung seines Ansehens in Kauf zu nehmen, als einer Person, die mit dem Verfahren als solchem nichts zu tun hat [2].

(6) Untersuchungsverweigerungsrecht wegen Unzulässigkeit des Beweisbeschlusses

a) Nach dem Wortlaut des § 372a muß eine erbkundliche Untersuchung u.a. nur dann geduldet werden,

1) Becker, Unsere Jugend, 1951,15; Bosch, SJZ 1947,315
2) Vergl. oben S.98

wenn ihre Vornahme "zur Feststellung der Abstammung e r f o r d e r l i c h ist". An dieser Fassung des Gesetzes entzündet sich der Streit darüber, ob der Duldungspflichtige eine angeordnete Untersuchung als "unzumutbar" verweigern kann mit der Begründung, der vom Gericht erlassene Beweisbeschluß sei unzulässig. Dieser Fall kann öfters praktisch werden, z.B. beim Ausforschungsbeweis oder wenn die erbkundliche Untersuchung angeordnet wird, obwohl noch nicht alle anderen Beweismittel ausgeschöpft wurden.

Es handelt sich hier nicht etwa um einen Fall der Zumutbarkeit. Der Untersuchung stehen keine, in der Person des Betroffenen liegende Gründe entgegen. Es handelt sich vielmehr um die Frage, ob der Duldungspflichtige seine Weigerung auch auf einen sachlichen Grund stützen kann [1].

b) Gegen ein solches Untersuchungsverweigerungsrecht sprechen an sich rechtssystematische Gründe. Nach der Systematik unseres Zivilprozeßrechtes ist zu unterscheiden zwischen dem Teil des Verfahrens, in dem die Parteien miteinander selbst kämpfen, und der Durchführung des danach auf Grund der streitigen Verhandlung beschlossenen Beweisverfahrens, die im wesentlichen Sache des Gerichts ist [2]. Ist der Beweisbeschluß einmal erlassen, dann ist ein Streit über seine Zulässigkeit im anhängigen Verfahren nicht mehr möglich. § 355 schließt eine Anfechtung des Beweisbeschlusses ausdrücklich aus. Die Parteien sind darauf beschränkt, das Endurteil anzugehen. Dadurch soll verhindert werden, daß eine andere Instanz Einfluß auf das Verfahren nehmen kann dergestalt, daß die Erheblichkeit oder Notwendigkeit der Beweisanordnung geprüft wird, bevor eine Sachentscheidung ergangen ist [3]. Dieser Zweck

1) Vergl. oben S.72 ff.
2) Niemeyer, MDR 1952,199
3) OLG Celle, NJW 1955,1037

würde vereitelt, gäbe man dem zu Untersuchenden das Recht, aus diesem sachlichen Grund sich der Untersuchung zu entziehen. In dem Zwischenstreit, der zwischen dem Beweisführer und dem Duldungspflichtigen entstände, müßte das Instanzgericht über die Zulässigkeit des Beweisbeschlusses entscheiden. In den Fällen, in denen das LG als Berufungsgericht an sich die letzte Instanz ist, könnte auf diese Weise sogar das OLG in das Verfahren sachlich eingeschaltet werden. Aus diesen Gründen verneint die h.M. ein derartiges Untersuchungsverweigerungsrecht [1].

c) Diese Auffassung kann jedoch nicht befriedigen. Zugunsten einer systemreinen, begriffsjuristischen Auslegung der Gesetze läßt sie berechtigte Interessen des Duldungspflichtigen unberücksichtigt. Da die Prozeßparteien den Beweisbeschluß nicht selbständig anfechten, seine Nachprüfung aber durch die Anfechtung des Endurteils - soweit ein Rechtsmittel im einzelnen Fall noch gegeben ist - erreichen können, wäre es möglich, daß sich nach Durchführung einer Untersuchung ergeben würde, daß sie zu Unrecht erfolgte, weil der Beweisbeschluß unzulässig war. Angesichts der erheblichen Eingriffe in die Rechtssphäre der Betroffenen, die mit einer erbkundlichen Untersuchung regelmäßig verbunden wird, muß hier dem Duldungspflichtigen die Möglichkeit gegeben werden, den Beweisbeschluß vor seiner Ausführung auf seine prozessuale Zulässigkeit hin nachprüfen zu lassen. Bevor man jemanden zwingt, derartige Eingriffe in seine körperliche Integrität und seine Freiheit zu dulden, müssen etwaige Zweifel an der Notwendigkeit und damit Zulässigkeit des Eingriffs ausgeräumt wer-

---

1) OLG Celle, aaO; anders noch NJW 1954,1331; OLG Düsseldorf, NJW 1958,265; OLG München, JZ 1952,426; LG Flensburg, MDR 1953,114; LG Kiel, SchlAA 1949,229, LG München, MDR 1952,559; 49,229; Niemeyer, MDR 1952,199; Rosenberg, S.550; Stein-Jonas-Schönke, Anm.IIa zu § 372a

den. Schließlich ist es in unserem Gerichtswesen kein exzeptioneller Fall, daß die Instanzgerichte anderer Ansicht sind.

Eine derartige Auslegung ist auch im Hinblick auf den Wortlaut des § 372a geboten [1], wenn damit auch die Systematik durchbrochen wird. Der in § 355 I verankerte Grundsatz ist kein solcher Fundamentalsatz unseres Prozeßrechtes, daß er keine Ausnahme, die § 372a nun einmal statuiert, vertrüge[2] . Auch der Vergleich mit dem Zeugen, den das OLG Celle[3] zur Stützung seiner Auffassung anstellt, greift nicht durch. Der Zeuge ist nicht solchen Eingriffen ausgesetzt wie der Untersuchungsduldungspflichtige, wenn die Vernehmung des Zeugen durch einen unzulässigen Beweisbeschluß angeordnet und auch durchgeführt wird. Es wiegt deshalb nicht so schwer.

Als Ergebnis ist deshalb festzuhalten:
Der Duldungspflichtige ist zur Verweigerung der Duldung der Untersuchung berechtigt, wenn der seine Untersuchung anordnende Beweisbeschluß aus sachlichen Gründen prozessual unzulässig ist. Es entsteht dadurch ein Zwischenstreit wie bei den Untersuchungsverweigerungsrechten wegen Unzumutbarkeit, in dem das übergeordnete Gericht über die Zulässigkeit des Beweisbeschlusses zu entscheiden hat.

---

1) OLG Bamberg, FamRZ 1955,217. Der Hinweis auf die Entscheidung des BGH JZ 51,643 ist hier allerdings verfehlt. Diese Entscheidung befaßt sich nur mit der Frage, wann die Einholung eines erbbiologischen GA erforderlich ist, nicht aber damit, ob der zu Untersuchende sich gegen den Beweisbeschluß aus sachlichen Gründen wehren kann. Baumbach, Anm.5 zu § 372; Bosch, DRiZ 1951,107; Esser MDR 1952,537

2) Schließlich läßt sich auch § 372a in die Systematik der Beweismittel nicht mühelos einordnen, ohne daß deshalb jemand auf den Gedanken käme, diese Vorschrift sei deshalb ungesetzlich

3) aaO

§ 4

Die Pflicht der Parteien zum persönlichen Erscheinen

Das Gericht kann in jedem Zivilprozeß das persönliche Erscheinen der Parteien "zur Aufklärung des Sachverhalts" anordnen (§ 141 I 1.Halbsatz), allerdings mit der Einschränkung des 2. Halbsatzes, daß von der Anordnung a b g e s e h e n w e r d e n s o l l , "wenn der Partei wegen weiter Entfernung ihres Aufenthaltsortes vom Gerichtssitz oder aus sonstigen wichtigen Gründen die persönliche Wahrnehmung des Termins nicht zugemutet werden kann".

Schon in der Einleitung zu dieser Arbeit wurde darauf hingewiesen, daß die Frage der Zumutbarkeit bei diesem Rechtsinstitut weder in der Theorie noch in der Praxis eine besondere Rolle spielt. Die Abgrenzung der öffentlichen und der privaten Interessen bereitet hier im allgemeinen keine Schwierigkeiten, denn das Gesetz selbst gibt verhältnismäßig sichere Anhaltspunkte für die Bestimmung des im Einzelfall "Zumutbaren". Wenn im folgenden trotzdem auf die Frage der Zumutbarkeit im Rahmen des § 141 eingegangen wird, dann nicht nur um der Vollständigkeit willen. Im Zusammenhang mit den anderen Rechtsinstituten, dem Zeugnisverweigerungsrecht und dem Untersuchungsverweigerungsrecht, bei denen die Zumutbarkeit von erheblicher Bedeutung ist, zeigt sich hier besonders deutlich, wie wandelbar das Zumutbarkeitsprinzip in seiner inhaltlichen Ausgestaltung ist und wie es jeweils entsprechend den Erfordernissen des konkreten Falles ausgefüllt werden muß.

I. Der allgemeine Umfang der Pflicht

Bevor wir uns der Frage zuwenden, wann im Einzelfall einer Partei das persönliche Erscheinen zumutbar ist, müssen wir auch hier erst die allgemeinen Grenzen bestimmen, die der Befugnis des Gerichts gesetzt sind, das Erscheinen einer Partei anzuordnen. Erst nach dieser generellen Grenzziehung zwischen den Belangen der Rechtspflege und denen des einzelnen stellt sich die Frage, ob im konkreten Fall mit Rücksicht auf die besonderen Umstände, die in der Person des Betroffenen vorliegen, eine Ausnahme von der an sich bestehenden Pflicht zum persönlichen Erscheinen gegeben ist, mit anderen Worten, ob das Verlangen zumutbar ist.

1. Wesen und Rechtsnatur

Seit der Novelle von 1924 [1] steht fest, daß die Anordnung des persönlichen Erscheinens durch das Gericht eine echte prozessuale Pflicht für die Partei begründet und nicht etwa nur eine Last. Um die Prozeßleitungsbefugnis des Gerichts zu verstärken, führte diese Novelle den Strafzwang ein: gegen die nicht erschienene Partei kann wie gegen den Zeugen, der seiner Aussageverpflichtung nicht nachkommt, eine Ordnungsstrafe verhängt werden (allerdings keine Haftstrafe).

Diese Pflicht stellt insofern eine Besonderheit im Zivilprozeß dar, als sie die einzige H a n d l u n g s p f l i c h t ist, die den Parteien als Subjekte des Verfahrens obliegt [2]. Sie ist eine öffentlich-rechtliche Pflicht, die

---

1) VO vom 13.2.1924, RGBl I 135
2) Rosenberg, S.9

der Partei gegenüber dem Gericht im Interesse der Rechtspflege und damit der Allgemeinheit obliegt.

2. Zweck und Umfang der Erscheinungspflicht

Die Anordnung des persönlichen Erscheinens nach § 141 dient der Klärung und Ergänzung des Prozeßstoffes. Die Anwesenheit der Partei, die im allgemeinen über den Sachverhalt, der den Streitstoff bildet, am besten informiert ist, soll dem Gericht die Möglichkeit geben, Lücken, Unklarheiten und Widersprüche im Parteivortrag zu beseitigen [1]. Vielfach wird nur die Partei selbst Klarheit über die für die Entscheidung grundlegenden Vorgänge und das von ihr Gewollte schaffen können. Auch werden dadurch im Anwaltsprozeß zeitraubende Rückfragen des Prozeßbevollmächtigten vermieden, die eine Verzögerung und Verschleppung des Prozeßfortgangs bedeuten [2]. Der Wert der persönlichen Anwesenheit der Parteien dürfte auch darin liegen, daß sie vor dem Gericht sich eher scheuen werden, die Unwahrheit zu sagen [3]. § 141 stellt somit eine Ergänzung zu § 139 dar, der richterlichen Frage- und Aufklärungspflicht. Daraus folgt, daß sich die "Aufklärung des Sachverhalts" durch das Gericht im Rahmen dieser richterlichen Fragepflicht zu halten hat [4]. Die Erklärungen der Parteien, die in diesem Zusammenhang abgegeben werden, sind "Streitstoff", sie haben den gleichen Charakter wie die schriftsätzlich angekündigten Parteibehauptungen, die durch mündlichen Vortrag oder bloße Bezugnahme auf die Schriftsätze Prozeßstoff werden, und sie sind dementsprechend auch pro-

---

1) Göppinger, ZZP 73,59; Jescheck, ZZP 65,364; Rosenberg,S.285; OLG München, Anw.Bl.1959,106
2) OLG Hamburg, JW 1930,1089
3) Wieczorek, Anm.B II zu § 141
4) Jescheck, ZZP 65,364; Goldschmidt, Rechtslage, S.114; Rosenberg, S.9

zessual zu behandeln[1]. Damit Erklärungen der Partei zum Prozeßstoff werden, ist im Anwaltsprozeß deshalb grundsätzlich erforderlich, daß der Anwalt den Vortrag der nicht postulationsfähigen Partei übernimmt. Gibt jedoch die persönlich angehörte Partei eine von der schriftsätzlichen Klagebegründung abweichende, ihr nachteilige Darstellung, so kann diese auch dann berücksichtigt werden, wenn ihr Prozeßbevollmächtigter den bisherigen Vortrag aufrecht erhält[2].

3. Der Unterschied zwischen der Anhörung nach § 141 und der Parteivernehmung

Die Anhörung der Partei, deren persönliches Erscheinen das Gericht gemäß § 141 angeordnet hat, ist ein Akt der mündlichen Verhandlung, wobei die Partei in ihrer Stellung als Prozeßsubjekt verbleibt. Dadurch unterscheidet sie sich von der Parteivernehmung gemäß § 445 ff. Die Parteivernehmung ist ein Beweismittel und als solches zum Beweis streitiger Behauptungen bestimmt. Die Partei ist hier Beweisobjekt, ihre Vernehmung ein Akt der Beweisaufnahme, der den Erlaß eines entsprechenden Beweisbeschlusses voraussetzt[3].

---

1) Glücklich, Parteivernehmung nach deutschem Zivilprozeßrecht, S.194 ff; Göppinger, ZZP 73,59; Rosenberg, S.9; BGH, NJW 1960,100 = MDR 1960,135; OLG Hamm, AnwBl 1958,191

2) BGH LM Nr.2 zu § 141 ZPO

3) Jescheck, ZZP 65,364; Stein-Jonas-Schönke, Anm.II 3 zu § 141; Rosenberg, S.9; Wieczorek, A II zu § 141; RGZ 149,63; BGH LM Nr.2 zu HaftpflG § 1. Auch die Vernehmung der Partei nach § 619 ist eine - abgewandelte - Art der Beweisaufnahme, die nur insofern vereinfacht ist, als die Anordnung keines Beweisbeschlusses bedarf. Sie dient gleichfalls der Wahrheitsermittlung: vergl. hierzu Göppinger, aaO S.83, mit ausführlichen Literaturangaben; ferner OLG Hamm, AnwBl.1958,191; OLG München, AnwBl 1959,106

4. § 141 begründet keinen Einlassungszwang und keine Erklärungspflicht

a) Die Erscheinenspflicht besteht nur für die einlassungswillige Partei

Unser Zivilprozeßrecht kennt keinen Einlassungszwang und keine Prozeßfortführungspflicht für die Parteien. Jedermann ist es freigestellt, ob er in einem Prozeß, in den er als Partei verwickelt ist, tätig werden, ob er den Prozeß führen will. Selbst demjenigen, der als Kläger ein Verfahren in Gang gebracht hat, ist nicht verpflichtet, es fortzuführen. Das Gesetz hilft sich damit, daß dem Untätigen die Gefahr des Prozeßverlustes droht; dadurch wird das Eigeninteresse der Parteien mobilisiert und indirekt ein Zwang zum Tätigwerden ausgeübt. Den Parteien obliegt nur eine H a n d l u n g s l a s t [1].

Von diesem Grundsatz macht auch § 141 keine Ausnahme. Die Pflicht zum Erscheinen besteht nur für die Partei, die sich als Beklagte auf den Prozeß einlassen oder die - als Klägerin - den Prozeß fortführen will [2]. Eine Bestrafung wegen Nichterscheinens trotz der entsprechenden Anordnung seitens des Gerichts kommt deshalb nur in Frage, wenn die Partei durch Entsendung eines Vertreters zum Termin ihren Willen zur Einlassung auf den Prozeß oder dessen Fortführung kundgetan hat. Eine Aufklärungsbefugnis bzw. -pflicht des Gerichts besteht nur gegenüber der verhandlungsbereiten Partei.

---

1) Goldschmidt, Rechtslage, S.130 und Zivilprozeßrecht, S.107; Niese, S.64 ff; Lent, ZZP 67,347; Rosenberg, S.9
2) Baur, ZZP 66,218; Niese, S.66; Stein-Jonas-Schönke, Anm.IV 3 zu § 141

b) Keine Erklärungspflicht der erschienenen Partei

§ 141 begründet für die erschienene Partei auch keine Erklärungspflicht[1]. Die Partei ist völlig frei, was sie vortragen und inwieweit sie auf Fragen oder Vorhaltungen des Gerichts Auskunft geben will. Das Gericht kann keine Antwort erzwingen. Auch hier wird die Partei nur durch das eigene Interesse getrieben, tätig zu werden. Gibt z.B. die Partei unzweideutig eine Erklärung nicht ab, so ist trotz der etwa entgegenstehenden Erklärung des Prozeßbevollmächtigten eine Behauptung als nicht aufgestellt anzusehen, ein Bestreiten als nicht erklärt anzunehmen[2].

5. Die Entsendung eines Vertreters durch die Partei

Das Gesetz erlaubt der Partei, deren persönliches Erscheinen angeordnet ist, einen Vertreter in den Termin zu entsenden (§ 141 III S.2). Voraussetzung ist jedoch, daß er "zur Aufklärung des Tatbestandes in der Lage und zur Abgabe der gebotenen Erklärungen, insbesondere zu einem Vergleichsabschluß ermächtigt ist". Welche Personen hierzu geeignet sind, ob insbesondere auch der Prozeßbevollmächtigte der Partei diese Funktion ausüben kann, diese Frage war schon immer lebhaft umstritten.

Das Kammergericht[3] erklärte eine Vertretung der Partei durch den Prozeßbevollmächtigten grundsätzlich für nicht zulässig. Nach seiner Ansicht

---

1) Wieczorek, Anm.B I zu § 141
2) RG HRR 1930,1860; Wieczorek, Anm.B I b zu § 141
3) ZZP 49,375; Die Auffassungen waren jedoch bei den verschiedenen Senaten des KG nicht einheitlich; vgl. Mitteilung des Kammerpräsidenten, JW 1925, 1468

sollte durch § 141 dem Gericht die Möglichkeit offen gehalten werden, n e b e n dem Prozeßbevollmächtigten die Partei selbst zu hören und zum Sühneversuch heranzuziehen.

Nicht ganz so eng legte das OLG Hamm die Bestimmung aus [1]. Der Prozeßbevollmächtigte sollte dann als Vertreter seiner Partei auftreten können, wenn seine Kenntnis von den Vorgängen, zu deren Aufklärung die Partei geladen worden war, auf eigener unmittelbarer Anschauung beruhe.

Ebenso halten auch BAUMBACH [2], SYDOW-BUSCH [3] und ZÖLLER [4] nur ausnahmsweise den Prozeßbevollmächtigten für einen geeigneten Vertreter, wenn er nämlich von dem Streitstoff unmittelbare, eigene Kenntnis hat.

Nicht ganz klar ist die Stellungnahme im Kommentar von STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, wonach der Vertreter zwar die Sachkenntnis nicht aus eigener Anschauung zu haben brauche, es andererseits aber unstatthaft sein soll, wenn er erst im Hinblick auf die Entsendung zum Termin informiert werde [5]. Eine dritte Möglichkeit dürfte es aber wohl kaum geben.

Demgegenüber weisen RHEINBERGER [6], GOLDSCHMIDT [7] und HEILBERG [8] zu Recht darauf hin, daß für diese einschränkende Interpretation das Gesetz keine Handhabe bietet. Nach dem eindeutigen Wortlaut stellt § 141 III S.2 allein darauf ab, ob der entsandte Vertreter zur Aufklärung des Tatbestandes in der Lage und zur Abgabe der gebotenen Erklärungen, insbesondere zum Vergleichsabschluß, ermächtigt ist. Wenn er diese Voraussetzungen erfüllt, dann kann auch der Prozeßbevollmächtigte

---

1) JW 1930,3864
2) Anm.4 C zu § 141
3) Anm.5 zu § 141
5) Anm.IV 1 zu § 141
6) Anm.zur Verf.des KG, ZZP 49,378
7) Die neue ZPO vom 13.5.1924, S.45; Bem.5 zu § 141
8) Anm.zum Beschluß OLG Hamm, JW 30,3864

"Vertreter" sein [1]. Wenn der Gesetzgeber bei der Schaffung dieser Bestimmung auch einen ganz anderen Fall im Auge hatte [2], so verbietet sich eine Auslegung g e g e n den Wortlaut des Gesetzes wegen der in ihm enthaltenen Strafandrohung. Aus diesem Grund kann die Bestimmung nicht anders ausgelegt werden, als die Partei, die auf die Folgen ihres Ausbleibens hinzuweisen ist (§ 141 III S.3), sie vernünftigerweise verstehen muß. Bei diesem Wortlaut kann aber ein Laie niemals auf den Gedanken kommen, der Prozeßbevollmächtigte könne nicht auch sein Vertreter sein [3].

Im übrigen spricht für die hier vertretene Auffassung auch die Entstehungsgeschichte des § 141. Der Regierungsentwurf sah ursprünglich vor, daß der Vertreter "auf Grund eigener Kenntnis der Umstände über den Sachverhalt unterrichtet" sein müsse. Dieser Passus wurde aber gestrichen [4], woraus folgt, daß es beim Vertreter allein auf genügende Instruktion und Information ankommt. Die Parteii die sich ihrer Erscheinenspflicht durch Entsendung eines Vertreters entledigt, geht damit das Risiko einer Bestrafung ein, wenn sich im Termin zeigt, daß der Vertreter die nötigen Angaben nicht machen kann. Die Partei gilt dann als nicht erschienen [5]. Insofern besteht letzten Endes doch ein gewisser Zwang für die Partei, selbst zu erscheinen.

---

1) Ebenso Rosenberg, S.286 und Wieczorek, Anm.B zu § 141, allerdings ohne nähere Begründung
2) Gedacht war bei dem "Vertreter" i.S. des § 141 III S.2 eigentlich an Leiter und Angestellte großer Unternehmen, die über den Streitstoff oft besser unterrichtet sind als der Inhaber, der Partei ist: Curtius, JW 1924,356; Heilberg, aaO
3) Rheinberger, ZZP 49,478
4) Curtius, JW 1924,356
5) Zöller, Anm.34 zu § 141

II. Die Zumutbarkeit des Erscheinens

1. Einschränkung der Erscheinenspflicht aus persönlichen Gründen

Trotz der allgemeinen Einschränkungen der Erscheinenspflicht, die darin liegt, daß die geladene Partei einen Vertreter zum Termin entsenden darf, können durch den Zwang zum Erscheinen im Einzelfall erhebliche Interessen der Partei gefährdet oder gar beeinträchtigt werden. Nicht immer ist ein Vertreter zur Stelle und vor allem, nicht immer kann ein Vertreter so informiert werden, daß er zur Aufklärung des Tatbestandes ebenso wie die Partei selbst imstande ist.

Die Eingriffe in die Interessensphäre der einzelnen Partei können sehr mannigfaltig sein. Sie reichen von der bloßen, mit der Tatsache des Erscheinens verbundenen Belästigung bis zu einer Gefährdung oder gar Verletzung der Gesundheit, z.B. wenn die Partei krank ist.

So selbstverständlich es einerseits ist, daß gewisse Belästigungen und Beeinträchtigungen von der Partei in Kauf genommen werden müssen, so steht andererseits fest, daß die Belange des einzelnen nicht einfach beiseite geschoben werden können. Es ist vielmehr auch hier erforderlich, die richtige Grenzziehung zwischen den Interessen der Allgemeinheit und denen des Individuums zu finden. Wo diese Grenze verläuft, läßt sich generell nicht bestimmen. Es kommt vielmehr ganz auf die Umstände des einzelnen Falles, auf die Person des Betroffenen und seine Verhältnisse an. Im Hinblick darauf muß die Pflicht zum persönlichen Erscheinen begrenzt, sie muß auf das Maß des Zumutbaren zurückgeführt werden.

2. Die gesetzliche Regelung

Das Gesetz trägt der Notwendigkeit, die berechtigten Belange des einzelnen zu berücksichtigen, auch Rechnung. Wie bei der Untersuchungsduldungspflicht (§ 372a) greift es direkt auf das Zumutbarkeitsprinzip zurück, indem es bestimmt, daß von der Anordnung des persönlichen Erscheinens abgesehen werden s o l l , "wenn der Partei wegen weiter Entfernung ihres Aufenthaltsortes vom Gerichtssitz oder aus sonstigen wichtigen Gründen die persönliche Wahrnehmung des Termins nicht zugemutet werden kann" (§ 141 I 2.Halbsatz).

Bei dieser Regelung überrascht die Anführung der weiten Entfernung des Aufenthaltsortes der Partei vom Gerichtssitz als Beispiel für die Unzumutbarkeit des persönlichen Erscheinens. Praktisch ist nämlich damit die Frage der Zumutbarkeit von vornherein entschieden. Die Grenze des Zumutbaren ist so eng gezogen wie nur irgend möglich: schon die mit einer weiten Reise verbundenen Unannehmlichkeiten und Belästigungen sollen es der Partei unzumutbar machen, zum Termin zu erscheinen, obwohl ihre Anwesenheit an sich zur Aufklärung des Sachverhalts im Interesse einer raschen und richtigen Entscheidung geboten wäre. Auf Grund des hier zulässigen Schlusses a fortiori wäre das persönliche Erscheinen auf jeden Fall dann auch zumutbar, wenn etwa materielle Interessen auf dem Spiel stehen, so wenn z.B. ein Kaufmann an der Ausführung dringender Geschäfte verhindert würde oder wenn gesundheitliche Gründe oder gar die Erfüllung einer sittlichen Pflicht dem Erscheinen entgegenstünden.

Diese fast uferlose Ausdehnung der Ausnahmegründe liegt darin begründet, daß der Gesetzgeber offensichtlich das Wesen der Zumutbarkeit verkannt hat. Nach dem Wortlaut des Gesetzes soll das Gericht von der Anordnung des persönlichen Erscheinens

absehen, wenn es der Partei unzumutbar ist, zum Termin zu kommen. Es soll also im E r m e s s e n des Gerichts liegen, ob trotz Unzumutbarkeit der Wahrnehmung des Termins der Partei die Verpflichtung auferlegt werden soll, persönlich zu erscheinen. Wie oben ausgeführt wurde, bedeutet aber die Unzumutbarkeit gerade die Grenze des Verpflichtetseins. Wo die Grenze des Zumutbaren erreicht ist, hört die Verpflichtung auf. Es ist deshalb ein Widerspruch in sich, wenn es in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, ob es die Partei über die Zumutbarkeit hinaus verpflichten will. Das gibt es nicht. Das Gericht kann einen Ermessensspielraum nur dort haben, wo die Grenze des Zumutbaren noch nicht erreicht ist.

3. Notwendige Korrektur des Gesetzes

Die dogmatisch richtige Auffassung des Zumutbarkeitsprinzips erfordert deshalb eine Korrektur des Gesetzes. Sofern das persönliche Erscheinen für eine Partei wirklich unzumutbar ist, m u ß das Gericht von einer dahingehenden Anordnung absehen. Ein trotzdem ergehender Beschluß kann eine Erscheinenspflicht nicht begründen, weil die Verpflichtungsgrenze des Zumutbaren erreicht ist.

Diese Beschränkung des richterlichen Ermessens, auf das das Gesetz abstellt, erfordert es aber andererseits, zu prüfen, ob unter diesen Umständen die vom Gesetz gezogene Grenze des Zumutbaren noch aufrechterhalten werden kann. Die Ausdehnung der Unzumutbarkeit auch auf bloße Belästigung konnte - von der Praxis her gesehen - solange in Kauf genommen werden, als es im Ermessen des Gerichts stand, das persönliche Erscheinen trotz der an sich bestehenden Unzumutbarkeit anzuordnen.

4. Die Grenze des Zumutbaren

Wie in anderen Fällen, so gilt auch hier die Feststellung, daß die Frage, was noch zumutbar ist und was nicht, nur unter Beachtung aller Umstände des konkreten Falles beantwortet werden kann. Eine theoretische Erörterung muß sich darauf beschränken, unter Herausarbeitung der Interessenlagen die möglichen typischen Fallgestaltungen zu erfassen, um so für die praktische Entscheidung Anhaltspunkte zu geben.

a) Die für die Abwägung maßgeblichen Interessen

Bei der Interessenabwägung ist davon auszugehen, daß hinter der Anordnung des persönlichen Erscheinens das maßgebliche Interesse der Rechtsprechung an einer raschen und richtigen Entscheidung steht. Dieses Interesse ist nicht etwa gering zu bewerten. "Oberster Wert im Prozeß ist das Staatsinteresse an raschestmöglicher und gerechter Entscheidung"; demgegenüber müssen die Interessen des einzelnen zurückstehen [1]. Eine sicher und rasch arbeitende Zivilrechtspflege ist nicht nur für den einzelnen, sondern vor allem für das Volksganze von größter Bedeutung. Jeder Zivilprozeß ist ein soziales Übel, das für die Allgemeinheit schädlich ist, deren Kräfte in Anspruch nimmt [2]. Im Vorspruch zur Novelle vom 27.10.1933 [3] kommt dieser Gedanke klar zum Ausdruck: "Keiner Partei kann gestattet werden, das Gericht durch Unwahrheiten irrezuführen oder seine Arbeitskraft durch böswillige oder nachlässige Prozeßführung zu mißbrauchen. Dem Rechtsschutz, auf den jeder Anspruch hat, entspricht die Pflicht, durch redliche und sorgfältige Prozeßführung dem Richter die Findung des Rechts zu erleichtern."

---

1) Lehmann, Zivilprozeßreform und Rechtsstaatsgedanke, S.43
2) Rosenberg, ZZP 68,283
3) RGBl I 780

b) Die typischen Fallgestaltungen

Die Frage, ob das Erscheinen noch zumutbar ist, kann sich demgegenüber im wesentlichen aus folgenden Gründen stellen:

aa) Das persönliche Erscheinen kann eine Gefahr für die Gesundheit mit sich bringen, so, wenn eine Partei krank ist oder von so schwacher Konstitution, daß sie eine etwa nötige Reise nicht gefahrlos überstünde. Die Gefahr für die Gesundheit kann auch im Hinblick auf die mit dem Erscheinen bei Gericht verbundenen Aufregungen gegeben sein, denen ein Herzkranker unter Umständen nicht gewachsen ist.

In diesem Fall ist der Partei das Erscheinen u n z u m u t b a r . Das Interesse des einzelnen an der Erhaltung seiner Gesundheit, einem seiner wichtigsten Güter, ist hier höher zu bewerten.

bb) Das gleiche muß gelten, wenn das persönliche Erscheinen die Partei daran hinderte, ihren sittlichen Verpflichtungen nachzukommen. Ist zu Hause ein Kind schwer krank, dann kann von der Mutter nicht verlangt werden, es allein zu lassen. Auch Pflichten der Pietät können das Erscheinen unzumutbar machen, z.B. bei einem Todesfall in der Familie. Allerdings wird es hier schon wieder sehr auf den Einzelfall ankommen, insbesondere auf die Nähe des Verwandtschaftsverhältnisses.

cc) Schwieriger ist die Abgrenzung in den Fällen, in denen finanzielle Interessen der Partei auf dem Spiele stehen. Das persönliche Erscheinen kann unmittelbar zu einer wirtschaftlichen Einbuße führen, wenn die Partei zu einer größeren Reise gezwungen ist. Die Entscheidung wird hier sehr vom Einzelfall abhängen. Maßgeblich wird es auf die Bedeutung des Rechtsstreites und die wirt-

schaftlichen Verhältnisse bei der Partei ankommen. Unkosten, die von einer gutsituierten Partei ohne weiteres getragen werden können, sind für jemanden in einfacheren wirtschaftlichen Verhältnissen unter Umständen unzumutbar. Einer mittellosen Partei können deshalb die notwendigen Reisekosten aus der Gerichtskasse gezahlt werden (§ 92 Nr.8 GKG).

Das persönliche Erscheinen kann aber auch mittelbar zu finanziellen Verlusten führen, wenn die Partei an der Ausführung ihrer Geschäfte gehindert wird. Auch derartige Einbußen werden die Parteien bis zu einem gewissen Grad auf sich nehmen müssen. Zu oft wäre es sonst den Gerichten unmöglich, das von ihnen für nötig erachtete persönliche Erscheinen der Parteien zu erreichen. Auch wiegen die Interessen der Allgemeinheit nicht so leicht, daß sie stets hinter die wirtschaftlichen Interessen des einzelnen zurückstehen müßten.

Allerdings wird es gerade hier ganz auf die Umstände des Einzelfalls ankommen. Unter Umständen können große Werte auf dem Spiel stehen. Doch darf sich die Entscheidung nicht allein nach der absoluten Größe der in Frage stehenden Werte richten, sonst würde der "kleine Mann" ungerecht behandelt. Maßgeblich ist, ob die möglichen Einbußen für den Betroffenen einen empfindlichen Nachteil darstellen würden. In diesem Fall wäre das persönliche Erscheinen unzumutbar.

dd) Die mit dem persönlichen Erscheinen verbundenen Belästigungen für die Partei, machen es aber grundsätzlich nicht unzumutbar, der Anordnung des Gerichts Folge zu leisten. Auch eine weitere Reise kann von der Partei verlangt werden, wenn es für eine rasche und richtige Entscheidung des Rechtsstreits erforderlich ist. Doch wird es auch hier Ausnahmen geben, wenn in einer ausgesprochenen Bagatellsache einer Partei

eine mehrtägige Reise "zugemutet" würde, was jedoch kaum vorkommen dürfte.

Zu beachten ist auch, daß wohl in den wenigsten Fällen dieser Tatbestand der "Belästigung" allein gegeben sein wird. Oftmals werden mehrere Gründe zusammentreffen und dann kann die mit dem persönlichen Erscheinen verbundene erhebliche Belästigung im Einzelfall den Ausschlag geben und das Erscheinen unzumutbar machen.

5. Das richterliche Ermessen

Zu beachten ist, daß in den Fällen, in denen das persönliche Erscheinen zu einer Beeinträchtigung der Interessen der Partei führt, ohne daß damit aber schon das Erscheinen unzumutbar wäre, es dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts überlassen bleibt, ob es trotzdem das persönliche Erscheinen anordnen will. Das Gericht ist ja nie gezwungen, eine Partei zum Termin persönlich kommen zu lassen. Gerade in solchen Fällen wird es darum besonders sorgfältig zu prüfen haben, ob die Anordnung des persönlichen Erscheinens geboten ist oder nicht.

Lehrbücher und Monographien

Beitzke-Hasemann-Dahr-Schade: Vaterschaftsgutachten für die gerichtliche Praxis, Göttingen 1956; zit. Vaterschaftsgutachten

Boehmer, Gustav: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Tübingen 1950-1952; zit. Boehmer, Grundlagen

Bülow, Oskar: Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885; zit. Bülow, Gesetz und Richteramt

Engisch, Karl: Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberg 1960, 2.Aufl.; zit. Engisch, Logische Studien

- Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930; zit. Engisch, Untersuchungen

Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Tübingen 1952, 14.Aufl.; zit. Enn.-Nipperdey

Esser, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956; zit. Esser, Grundsatz und Norm

Fechner, Erich: Recht und Politik, in Adalbert Stifters Witiko, Tübingen 1952

Freudenthal, Berthold: Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, Tübingen 1922; zit. Freudenthal

Glücklich, Heinz-Werner: Parteivernehmung nach deutschem Zivilprozeßrecht, Berlin 1938; zit. Glücklich

Goldschmidt, James: Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925; zit. Goldschmidt, Rechtslage

- Zivilprozeßrecht, Berlin 1932, 2.Aufl.: zit. Goldschmidt, Zivilprozeßrecht

- Die neue ZPO vom 13.Mai 1924, Berlin 1924

Guardini, Romano: Welt und Person, Würzburg 1950, 3.Aufl.

Haecker, Theodor: Was ist der Mensch? Leipzig 1933

Hedemann, Justus Wilhelm: Die Flucht in die Generalklausel, Tübingen 1933; zit. Hedemann

Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts, Leipzig 1930, 3.Aufl.; zit. Hegel, Rechtsphilosophie

Henkel, Heinrich: Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, München 1932; zit. Henkel, Der Notstand

Hubmann: Das Persönlichkeitsrecht, Münster-Köln 1953; zit. Hubmann

Isay, Hermann: Rechtsnorm und Entscheidungen, Berlin 1929

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, Offenburg 1948, 3.Aufl.; zit. Jellinek, Verwaltungsrecht

Kaufmann, Erich: Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, Tübingen 1921

Kegel-Rupp-Zweigert: Die Einwirkung des Krieges auf Verträge in der Rechtsprechung Deutschlands, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 1941; zit. Kegel-Rupp-Zweigert

Kisch, Wilhelm: Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen, Jena 1900

Kraus, Karl: Die Sprache, München 1954, 2.Aufl.

Larenz, Karl: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, München-Berlin 1951, 1.Aufl.

- Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, München-Berlin 1957, 2.Aufl.

- Lehrbuch des Schuldrechts, München 1957, 2.Aufl.; zit. Schuldrecht

Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des BGB, Berlin 1952, 7.Aufl.

Lent: Zivilprozeßrecht, Ein Studienbuch, München und Berlin 1959, 9.Aufl. zit. Lent, KLB

Less, Günter: Vom Wesen und Wert des Richterrechts, Erlangen 1954

v.Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin und Leipzig 1927, 25.Aufl.; zit. v.Liszt-Schmidt

Mannheim, Hermann: Beiträge zur Lehre von der Revision materiell-rechtlicher Verstöße im Strafverfahren, Berlin 1925

Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Karlsruhe 1958, 2.Aufl.; zit. Maurach, Strafrecht

Menger, Christian-Friedrich: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954; zit. Menger

Mezger, Edmund: Strafrecht, Berlin und München 1949, 3.Aufl.

- Strafrecht, Ein Studienbuch, München und Berlin 1958, 8.Aufl.; zit. Mezger KLB

Muckermann: Eugenik, 1934

Mueller, Berthold: Gerichtliche Medizin, Berlin 1953

Niese, Werner: Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen 1950; zit. Niese

Nikisch, Arthur: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Tübingen 1952; zit. Nikisch

Nipperdey, H.C.: Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, Mannheim 1921; zit. Nipperdey, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit

Peters: Strafprozeß, Ein Lehrbuch, Karlsruhe 1952; zit. Peters, Strafprozeß

Pieper, Josef: Über die Klugheit, Olten 1947

Pahle, Rudolf: Revision und neues Strafrecht, Diss. Leipzig 1930

Rosenberg, Leo: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, München und Berlin 1951, 5.Aufl.; zit. Rosenberg

- Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, München und Berlin 1956, 7.Aufl.; zit. Rosenberg

Sauer, Wilhelm: Die Gerechtigkeit, Berlin 1959; zit. Sauer, Gerechtigkeit

- Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940; zit. Sauer, Methodenlehre

Schaffstein, Friedrich: Die Nichtzumutbarkeit als übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund, Leipzig 1933; zit. Schaffstein

Schmidt, Eb.: Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus, Vortrag: Karlsruhe 1952; zit. Schmidt, Gesetz und Richter

Schönke-Schröder-Niese: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Karlsruhe 1956, 8.Aufl. zit.: Schönke-Schröder-Niese

Schwinge, Erich: Grundlagen des Revisionsrechts, Bonn 1935

Stoll: Vertrag und Unrecht, Tübingen 1943, 3.Aufl.

Ule, Hermann: Vortrag vor der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten in Koblenz zum Thema: Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, Sonderdruck aus der Staatszeitung für Rheinland-Pfalz; zit. Ule, Vortrag

Welzel, Hans: Das Deutsche Strafrecht, Berlin 1956, 5.Aufl.; zit. Welzel

Wieacker, Franz: Gesetz und Richterkunst, Vortrag, Karlsruhe 1958; zit. Wieacker, Gesetz und Richterkunst

- Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, Göttingen 1957; zit. Wieacker, Privatrechtsgeschichte

- Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956; zit. Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung

Kommentare

Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, München 1958, 25.Aufl.; zit. Baumbach

Erman, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1958, 2.Aufl.; zit. Erman

Frank, Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1931, 18.Aufl.; zit. Frank

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung des Deutschen Reiches, Berlin 1913, 3.Aufl.; zit. Förster-Kann

Hamann, Andreas: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, Berlin 1961, 2.Aufl.; zit. Hamann

Kleinknecht-Müller-Reitberger: Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Nürnberg 1958, 4.Aufl.; zit. Kleinkecht-Müller-Reitberger

Leipziger Kommentar "Reichsstrafgesetzbuch", Berlin 1944, 6.Aufl.

Leipziger Kommentar "Strafgesetzbuch", Berlin 1957, 8.Aufl.; zit. Leipziger Kommentar

v.Mangoldt-Klein: Das Bonner Grundgesetz, Berlin 1957, 2.Aufl.: zit. v.Mangoldt-Klein, BGG

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, München und Berlin 1961, 20.Aufl.; zit. Palandt

Schmidt, Eberhard: Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, I, Göttingen 1952; zit. Schmidt, Strafprozeßordnung

Schönke-Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar, München und Berlin 1961, 9.Aufl.; zit. Schönke-Schröder

Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, Stuttgart 1959, 9.Aufl.; zit. Soergel-Siebert

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Tübingen 1934, 15.Aufl.; zit. Stein-Jonas

Stein-Jonas-Schönke: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, fortgesetzt von R. Pohle, Tübingen 1953, 18.Aufl.; zit. Stein-Jonas-Schönke

Wieczorek, Bernhard: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Berlin 1957-1958; zit. Wieczorek

Zöller: Zivilprozeßordnung, München 1958, 9.Aufl.; zit. Zöller

Aufsätze

Baur: Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlungen im Zivilprozeßrecht, ZZP 66,208 ff

- Anmerkung zum Beschluß des OLG Köln vom 14.6.1955, KddR 1955-51-814

Bachof: Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955,97

Becker: Die Pflicht zur Duldung von Blutuntersuchungen, Unsere Jugend 1951,15

Beitzke: Anmerkung zum Beschluß des OLG Nürnberg vom 16.9.1955, NJW 1955, 1883

Blomeyer: Buchbesprechung Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, AcP 152, S.276

- Gewissensprivilegien im Vertragsrecht, JZ 1954,309

Boehm: Nochmals: Unterhaltsurteil, Statusklage und § 826 BGB, NJW 1957, 1390

Boehmer: Zur Rechtsprechung der durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder, insbesondere zur Anwendung des § 1593 BGB, NJW 1949,52

Boennecke: Beweislast und Rechtskraftproblem beim Zahlvaterschafts- und Abstammungsstreit in der gerichtlichen Praxis, NJW 1953,1086

Bosch: Untersuchungen zur Feststellung der Abstammung; SJZ 1947,314

- Anmerkung zum Urteil des LG Deggendorf vom 30.1.1957, FamRZ 1957,181

- Vertragspflicht und Gewissenskonflikt, JZ 1954,213

- Von der richtigen Grenzziehung zwischen Pflicht und Freiheit, DRiZ 1951,107

Bruns: Zur Systematik der gesetzlichen Beweisarten im Zivilprozeß, JZ 1957,489

Büttner: Zur unehelichen Vaterschaft, ZZP 71, 1 ff

- Vaterschaftsprozesse und Ausforschungsbeweis, ZZP 67,73

Caro: Anmerkung zum Beschluß des Kammergerichts vom 4.4.1930, JW 1930,1605

Clauberg: Zum erbbiologischen Abstammungsgutachten in Vaterschaftssachen, JR 1950,356

Curtius: Parlamentarisches zur Zivilprozeßreform, JW 1924,354

Dahr: Ist die von Löns angegebene Methode über einen positiven Vaterschaftsnachweis gerichtlich anwendbar? MDR 1950,725

- Zum Beweiswert eines Ausschlusses im C/c-System der sogenannten Rh-Untergruppen, NJW 1958,2097

Dünnebier: Der Beweiswert erbbiologischer Vaterschaftsbeweise, DRiZ 1951, 193

- Anmerkung zum Beschluß des OLG München vom 8.10.1951, JZ 1952,427

Dunz: Der unzulässige Ausforschungsbeweis, NJW 1956,771

Erdsiek: Umwelt und Recht, NJW 1959,472

Esser, Josef: Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht, JZ 1953,521

Esser: Kann die Duldung einer Blut- bzw. erbbiologischen Untersuchung mit der Begründung, sie sei als Ausforschungsbeweis unzulässig, verweigert werden? MDR 1952,537

Forstler: Die Zuverlässigkeit des Vaterschaftsausschlusses auf Grund des Rhesus-Blutgruppensystems, NJW 1957, 1586

Frankenberger: Anmerkung zum Beschluß des OLG Karlsruhe vom 2.3.1931, JW 1931, 2043

Frey: Die Zumutbarkeit, ein arbeitsrechtliches Leitmotiv, JZ 1955,106

Gärtner: Zur Frage des naturwissenschaftlichen Vaterschaftsnachweises im gerichtlichen Verfahren, NJ 1952,309

Galperin: Die Entwicklung des Arbeitsrechts seit 1945, DRZ 1950, 73

Gaul: Ist die Anordnung der erst künftig durchführbaren erbbiologischen Untersuchung mit dem geltenden Verfahrensrecht vereinbar? FamRZ 1956, 202

- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 11.12.1957, FamRZ 1958,97

v.Godin: Die berechtigte Zeugnisverweigerung als Gegenstand freier Beweiswürdigung? SJZ 1949,Sp.657

Göppinger: Die Parteianhörung und die Parteivernehmung in Ehesachen, zugleich eine Betrachtung über die Praxis des Eheprozesses, ZZP 73,59

Goldschmidt: Normativer Schuldbegriff, Frank-Festgabe I,428

Guggemos: Anfechtung der Ehelichkeit durch den Staatsanwalt, SJZ 1948, Sp.247

- Anmerkung zum Beschluß des OLG Braunschweig vom 31.3.1952, JZ 1952,532

Habscheid: Nochmals: Vertragspflicht und Gewissenskonflikt, JZ 1956,297

- Besprechung: Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 7.Aufl., FamRZ 1957,61

Harasser: Der anthropologisch-erbbiologische Vaterschaftsnachweis als gerichtliches Beweismittel, NJW 1950,561

Hausser: Aktuelle Fragen der Zahlvaterschaft, NJW 1959,1811

Heilberg: Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamm vom 21.12.1929, JW 1930,3864

Hellwig,A.: Dürfen im Zivilprozeß aus der Weigerung der Mitwirkung an der Blutgruppenprobe Schlüsse gezogen werden? JR 1931, 73

Henkel: Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für Edmund Mezger zum 70.Geburtstag, 15.10.1953, München und Berlin 1954, S.249 ff

Hoff: Aktuelle Fragen der Zahlvaterschaft, NJW 1959,803

Jauernig: Unterhaltsurteil, Statusklage und § 826; NJW 1957,403

Jesch: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR Bd.82,163

- Zur Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe, DÖV 1956,77

Jescheck: Die Entwicklung der Zivilprozeßpraxis seit 1945, ZZP 65,364

Jonas: Gedanken zur Prozeßreform, Verhandlungs- und Offizialmaxime, DR 1941,1697

Kegel: Die Abwicklung von Vorkriegsverträgen der deutschen Wirtschaft mit dem Ausland, 3.Beiheft zur DRZ 1948,1 ff

Kern: Schutz des Lebens, der Freiheit und des Heims, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte II, S.60

Kewer-Ponsold: Der forensische Wert des Löns-Testes nach seinem neuesten Stand, NJW 1953,1902

Kisch: Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses, Judicium 1928,1

Krüger: Ehelichkeitsanfechtungsrecht der Mutter, NJW 1954,1509

Kühne: Zum Wirbelsäulenvergleich im Vaterschaftsprozeß, ZBlJugR 1953,107

Laur: Der Beweiswert des Vaterschaftsausschlusses mit den Blutfaktoren C und c, JZ 1955,151

Lehmann: Zivilprozeßreform und Rechtsstaatsgedanke, Rhein.Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht XIII.Jahrg., Sonderheft, S.30

Lent: Lasten und Pflichten im Zivilprozeßrecht, ZZP 67,353

Lenz: Über die Aussichten erbbiologischer Vaterschaftsuntersuchungen, MDR 1949,322

Löffler: Zeugniszwang gegen Presse und Rundfunk, NJW 1958,1215

Lorenz: Ähnlichkeitsgutachten in Unterhalsklagen, MDR 1954,661

Maßfeller: Das Gesetz über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 12.4. 1938, JW 1938,1281

Meyer, K.E.: Gestaffelte Blutgruppenuntersuchung, JR 1950,357

- Ehemann und Staatsanwalt im Ehelichkeitsanfechtungsprozeß, JR 1952,149

- § 372a und der Abstammungsprozeß, DRiZ 1951,34

Meyerhoff: Der genetische Wirbelsäulenvergleich, MDR 1949,609

Nathan: Anmerkung zum Urteil des OLG Dresden, NJ 1949,66

- Zur Anwendbarkeit der Vorschriften über den Abstammungsbeweis, NJW 1950,12

Neumann-Duesberg: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5.6.1952, MDR 1952,486

- Die Abstammungs-Feststellungsklage, NJW 1950,14

Niemeyer: Die Pflicht zur Duldung von Blutuntersuchungen, MDR 1952,199

Nikisch: Kürzung von Pensionen wegen wirtschaftlicher Gefährdung des Unternehmens, JZ 1952,75

Nipperdey: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Ufita, 30.Bd., 1960, I, S.1

Nowakowsky: Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW 65,379

Oetker: Notwehr und Notstand, Frank-Festgabe I, 359

Peters: Tat-, Rechts- und Ermessensfragen in der Revisionsinstanz, ZStW 57,53 ff

Pietrusky: Zur Frage des Beweiswertes eines Blutgruppengutachtens im Alimentationsprozeß, NJW 1949,617

Pohle: Das neue, einheitliche Zivilprozeßrecht, MDR 1950,644

Ponsold: Beweiswert des $A_1 - A_2$ -Untergruppenausschlusses, JZ 1952,680

Reuß: Der unbestimmte Rechtsbegriff, DVBl 1951,649

- Das Ermessen, DVBl 1953,585

Rheinberger: Anmerkung zur Verfügung des KG vom 31.12.1924, ZZP 49,378

Rosenberger: Das neue Zivilprozeßrecht nach dem Gesetz vom 27.Oktober 1933 (RGBl I 780), ZZP 68,283

Saller: Die Bedeutung des Wirbelsäulenvergleichs in Vaterschaftsgutachten, NJW 1951,182

Schaffstein: Notwehr und Güterabwägungsprinzip, MDR 1952,132

Schiedermaier: Die Anordnung der erst künftig durchführbaren erbbiologischen Untersuchung durch Beweisbeschluß des Prozeßgerichts, FamRZ 1955, 282

Schmidt, Eb.: Das Problem des übergesetzlichen Notstands, Mitteilungen des IKV 1931,131

- Kritische Bemerkungen zu dem Beschluß des großen Senats für Strafsachen vom 8.12.1958 betreffend das Untersuchungsverweigerungsrecht nach StPO § 81c, JR 1959,369

Schönke: Der Umfang der Beweisaufnahme im Zivilprozeß, Festschrift für Rosenberg, S.217

- Anmerkung zum Beschluß des OLG Hessen vom 23.2.1948, DRZ 1948,396

Scholz: Der wichtige Grund, SJZ 1949,2

Schwab: Der Zwiespalt zwischen Unterhalts- und Abstammungsurteil, JZ 1954, 273

- Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abstammungsklage, NJW 1956,648

Schwab: Probleme der Abstammungsklage, ZZP 68,121

Seibert: Einige Bemerkungen zur Ehelichkeitsanfechtung, ZAkdR 1938,552

Siebert: Zur allgemeinen Problematik des Persönlichkeitsrechts, NJW 1958, 1371

Steindorff: Der unbestimmte Rechtsbegriff im Lichte der französischen und amerikanischen Verwaltungsrechtsprechung, DVBl 1954,110

Stückrath: Zur Frage des unzulässigen Ausforschungsbeweises im Unterhaltsprozeß, MDR 1950,30

Ule: Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S.309

Wach: Das Recht der Zeugnisverweigerung, Der Gerichtssaal 66,1

- Buchbesprechung: Otto, Der Prozeß als Spiel, JW 1918,797

Weber: Die Blutgruppenbestimmung im Hinblick auf Art.3 § 9 des Familienrechts-Änderungsgesetzes vom 12.4.1938, DJ 1939,1264

Wehler: Die Bedeutung des Reifegradgutachtens für den Unterhaltsprozeß des unehelichen Kindes, DRiZ 1955,39

Wengler: Über die Unbeliebtheit des Juristen, NJW 1959,1706

Wieacker: Vertragsbruch und Gewissensnot, JZ 1954,466

Wichmann: Die Zulässigkeit des Vaterschaftsausschlusses auf Grund des Rhesusblutgruppensystems, NJW 1958,252

L e b e n s l a u f

Am 22.11.1929 wurde ich in Saulgau (Württ.) geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Meine Eltern, Dr.Hugo Selbherr, Amtsgerichtsdirektor i.R., und seine Ehefrau Maria geb. Reichert, wohnen in Ravensburg. Dort besuchte ich von 1940 bis 1949 das Spohn-Gymnasium; am 2.Juli 1949 legte ich die Reifeprüfung ab. Vom Wintersemester 1949/50 bis zum Wintersemester 1950/51 studierte ich an der Universität Tübingen Rechtswissenschaft. Während des Sommersemesters 1951 und des Wintersemesters 1951/52 studierte ich an der Universität Köln. Für den Rest meines Studiums kehrte ich nach Tübingen zurück; nach zwei weiteren Semestern bestand ich am 20.6.1952 das 1. juristische Staatsexamen. Nach 3 1/2-jähriger Referendarzeit legte ich am 17.7.1957 beim Landesjustizprüfungsamt Baden-Württemberg das 2. juristische Staatsexamen ab. Seither bin ich als Rechtsanwalt tätig.